HERMANNI Göchausen J.U.D.
& Pandectarum Professoris publici
In Jure Publico & Privato.

PERICULORUM ACADEMICORUM

PARS SECUNDA.

In quâ supra 50. Juris Quæstiones ex veris Jurisprudentiæ principiis, latè & accuratè resolvuntur, & Neotericorum opiniones examinantur, quæ vel interdum refutantur, non rarò etiam comprobantur.

Cum mens humana, tardâ [illegible] corporis mole gravata, non ita subitò & feliciter, ad veritatem penitus perspi[illegible] [illegible] p[illegible]ssit, examinanda ejus facultatem accepit, cujus functio [illegible]. Quâ ideò præsertim Academici [illegible] debent [illegible] me.



RINTELII ad VISURGIM,
Typis & sumptibus PETRI LUCII, *Typographi Academici.*

Admod. Reverendis, Magnificis, Prænobilibus, Equestriq; ordinis Viris ac Dominis,

ARCHIEPISCOPATUS S. CATHEDRALIS ECCLESIÆ BREMENSIS PRÆLATIS CAPITULARIBUS & CANONICIS,

Amplißimis, Dignißimis & Celebratißimis:

OMNIBUS ET SINGULIS.

Dominis Fautoribus, Cognatis & Affinibus, respectivè, suis, per-benignis ac honorandis.

A*Nimus jamdiu properavit*, Viri Reverend. Magnifici, Amplissimi & Nobilissimi, *officij mei tesseram apud* Rever: & Nobilissimas Vestras Dignitates *edere; quod & ut facerem causa varia neq; ignota me sapius admonuêre, imò impulere. Biennium jam ferme elapsum est, quo mihi adfectum vestrum [illegible] certissimo ostendistis, & spectabilem* Syndicatus Capituli vestri *provinciam ultrò impônere voluistis [illegible] temporis, sed solius amore jurisprud: studij, quod* Theoreticum *appellant, subterfugi, & cui me per* quinquenn: *[illegible] adhuc inhæsurum, dixi & respondi. Propositi hujus mei,* Rev. & Magnific. dignitates Vestras, *non fugit ratio; equidē quibus testamētis, a* p. m. Viro Rev: *& haud satis à suis digne laudādo* Dn. Engelberto Wipperman V. J. L. &c. *collegâ & cōfratre vestro, cōditi, ea clausula notissima est, (estis namq; &* Vos *cum aliis testamēti hujus supremi executores constituti, & contrà ejusdem obtrectatorum, mucidorum hominum*, linguas petulantissimas, *& calumniantium, quorum ultimo hoc seculo infinitus est numerus*, iniquitates falsissimas *&* falsitates iniquissimas, *defensores nominati atq; implorati) inquam ea clausula* Vestris Rev. & Nobiliss: dignitatibus *notissima est, in qua prænominatus piè defunctus testator mihi* Cognato *suo profitendi & tractandi hoc jurisprudentiæ studium, legato ideò amplo & satis honesto relicto, iniunxit, & quod ego in me suscepturū facilè, quoniam eo præcipuè studia mea in* diversis Academiis,

antea

anteà direxissem, ipsi testatori adhuc viventi non semel sanctè promiseram. Hæc religiosa mea affirmatio in hacce Academica functione me constituit, hactenusq; detinuit, quin etiam promissa diligentia, inter ipsissimos Bellorum minimè bellorum *strepitus, & ingratarum tubarum* tara tantara, *semper admonuit. Cum igitur præmissa* in jure publico & privato Academicorum periculorum *parte primâ, secundam eorundem nunc etiam adornaverim eamq; juris studiosis communicare voluerim, istam* Rev: Amplisſ :& Nobiliſſ: Vestris Dignitatibus *ex sufficientē causa jam prætacta inscribendam omninò cēsui, & ut meritissimo obstrictum me profiterer cultu obsequij, quippe quem* commemorare *magis, quam* exſolvere *me posse intelligo. Et ecce commemoro adfectum in me vestrum, ejusq; nomine cultum meum declaro, mente devotâ, manu promptâ, linguâ exserta; & splendorem huic* parti *meæ periculorum Academicorum* secundæ *à nominum vestrorum face concilio: quam ideò non quasi munus, sed expromissorem & confessoriam tabellam ad* Vestras Rev. Magnif. & Nobiliſſ: Dignitates *destino. Eam verò ex utroq; jure* publico & privato *à me confectam esse præscripta rubrica loquitur; semper namq; existimavi, esse* juris publici *&* privati *conjunctionem studiosis, quorum prudentiâ Respublica in partibus ejus illis credendis gubernanda erit, apprimè necessariam, cum vel maximè turpe sit imperij jus, in quo versaturi sint, eos ignorare.* L. 2. §. 43. de.o. j. *atq; ob hanc utriusq; study conjunctionem mihi nostri ICti benè dixisse videntur, Iprudentiam nihil esse aliud quàm Philosophiam practicam*, in l. 1. de I. & I. *civilem doctrinam*, in l. 1. §. 5. de extraor. cogn. *cum &* illa *&* hæc *Politicam etiam in se contineat atq; includat, quomodo quidem Iprudentiæ studiosus simul inde etiam Politicus effici potest, ast non è contrà; ut ita hactenus verum sit* posse *quidem eum qui versatur in jure privato, ignorare jus publicum, sed tamen non* debere *eum qui versatur in jure publico, ignorare privatum.* Cabot 2. disp. jur. publ. 1. & 2. *neq; igitur verus Politicus est qui omninò Iprudentiæ imperitus* Bodin 1. de rep. 6. n. 49. *neq; perfectus esse potest ICtus, qui*

saltem de stillicidiis, de oleo & tritico legato, glandeq; legenda responde-re didicit: Belold in templ just. n. 73. *& merus itaq; Legul[illegible], juxta di verbium est purus putus asinus*, Bornit. de prud. polit comp. *& nudus etiam politicus est purus putus Polypus*. Irimph pereg. in brut polit. p. 7 & 8. *ita namq; coadunata & conjuncta sunt hæ disci-plinæ, ut inter se mutuas tradant operas, & ægre divelli possint: utrumq; igitur studium in Academiis conjungendum est*, *vel exemplo* Tu-beronis, *qui habitus est doctissimus juris publici & privati*. L. 2. §. 46. de o. i. Scævolæ, *de quo* Valer. Maxim. l. 8. c. 8. *Coccey & Attei Capitonis, de quibus* Gell. l. 10. c. 20 *Titi Aristonis & Ting Manlij Torquati, de quibus* Val. Maxim. l. 5. c. 8. *cum etiam fluant ex iisdem fontib. & principiis* ut notant saniores interpp. ad §. fin. j. de i. & i *quocirca hæcce duo qui separant, eã imprudenter agunt, & Scholæ tantum, non qu[illegible] vit[illegible] discere laborant, quod ideo umbratile genus hominum verè* Scholasticos rech[illegible] dixeris, *quibus in lub[illegible] non modo dormire unam noctem, sed etiam [illegible] vitam assumere volupe est, nihil rei profuturi publicæ [illegible] in forum prodire velint, putabunt se in aitum, ut [illegible] esse delatos: cæterum qui hic jam longius quam par est [illegible] progrediuntur, & instar* Hannibalis *deridentis* Phormionem *de re militari differentem, nostros in Academiis* de republ. Legibus, Rerũp arcanis legationibus, Jdictionalib⁹, &c. *disputantes ac docentes ludibrio habent, illi sanè in Præceptores suos, ex quibus hauserunt omnem, si tamen quam ad Rempubl. attulerũt, scientiam, sunt injurij: Et discant illi nihil interesse, si quis vel aquam vel ignẽ à nobis petat, sive nosipsi dare possimus, sive ad alios, quib. harum rerum copia suppetat, egentem deducere*. Socrat. in œcon. Xenoph. *Atq; hæc est breviter hujus meæ inscriptionis* & *conjunctionis ratio, in qua latius deducenda* Vestris Rev.; & Nobiliss: dig. *molestus esse non debeo, neq; hoc mihi jam proposui. Quare exiguum istud* Viri Rev. Strenui, Ampliss: & Magnif: *serena fronte & mẽte à me suscipite, quod* Vestris Nobiliss: & Celebratissimis *nomini-*

bus eb

bus ob eximiam & singularem vestram benevolentiam, quâ me vos complecti, uti dixi, nuper re ipsa comprobastis, devotè inscripsi & obtuli; & ejusdem bene[volen]tia vestra quosdam veluti radios deinceps quoq; in me derivate, [me]q; vestrum vel priscâ Soldu[r]iorum Lege *devotum esse permittite: [s]i. Vos* Viros Rev. Ampl: & Nobiliss: *omnes et sin[g]ulos uni[ce] rogito, quos etiam ut* Ter. Opt. Max. *in conclamatis & dubiis h[is]ce temporib⁹ diutissimè in optimo vita statu tueri velit, ex animo precor! Dabam in Museo meo* Rinthelij, *Anno* 1625. *die* 12. *Junij, qua ipsa die, anno superiore* 1621. *pius pranominatus testator Dn. Engelbertus* Wippetman *zc. vir de Ecclesiâ & Republica, de scholis & pauperib. deq; familiis & posteris suis, optimè meritus, in Domino sanctè obdormivit, cujus pios manes etiamnum suspirio veneror, & venerabor* dum vita hos regit artus.

Rev: Magnif: Ampliss: & Nobiliss:
Vestris Dignitatibus

deditissimus

HERMAN. Göchausen D.

SALVE BENEVOLE LECTOR.

Subsequitur periculorum meorum Academicorum *Pars secunda*, quam tibi *Studiose lector*, communico, tuoq; candido & æquo judicio etiam submitto: Erunt procul dubio non pauci, qui hæcce nostra *dente theonino*, ut loquimur, arrodere, torvisq; oculis aspicere non verebuntur; sed horum curvas mentes floccipendo, utpote qui sciam communissimũ hoc seculi nostri malum esse, quod adeò neminem à bono proposito dimovebit facilè. Calumniantium linguas quomodo ego solus effugerem, cum calumniatores vel *quasi possessionem* criminis calumniandi, sed quæ tamen malæ imo pessimæ fidei sit, hodiè habere sciam. Causæ instituti mei apud bonos me satis defendent, quas tamen denuó promere nihil attinet, jam enim lector eas cognovisti. Debui sanè *Studiosis juris*, quotquot eorum jam in hac nostra *Academia* nobiscum vivunt, aliqualiter gratificari, & ut maximè vicini nostri, etiam nos in ipsa gravissima Bellorum mole adhuc vivere & paulisper respirare, intelligerent, hæc publici juris facere volui: illi equidem & plurimi cum ipsis, de studiis nostris dudum desperare cœperant, sed semper nobis spes melior imo resedit pectore; neq; nondum desperamus.

Nil desperandum IVSTO duce, & auspice IVSTO.

Horat. *lib. 1. carm. ad Munat. consul.* Nequaquam tamen existimabis, hæcce nostra *pericula* inter ipsa Martis dominantis *pericula* primum conscripta, adeoq; ab animo menteq; quasi perturbata profecta esse; fateor quidem animos nostros à calamitatib. quà publicis quà privatis languere, hincq; in cogitationes subtiliores assurgere parũ valere; verum illa ipsa quæ modo evulgamus, iam dudum præcõcepta habuimus, quæq; quasi revidendo nunc evulgamus. Memini aliàs me in vita *Cuiacij* legisse, ipsum ex se sciscitantibus, cur tanto studio, *octo*

vel

vel frequenter *novem* horis, elimaret prælectionem unam, hoc responsi dedisse: parem censere se culpam ejus, qui unum iuris auditorem deciperet, & illius, qui totam Rempubl: proderet; sæpè enim contingere, ut qui falsa in *Scholis* opinione deciperetur, idem ipse *Reipubl:* gubernacula susciperet, atq; ita Iustitiam iniquè administraret, ex quo cõsequenter Resp: occidere posset: Quam vellem Professores nostros responsum hoc probè scrutari atq; imitari; es ist ein schlechter Ruhm / eine Lection aus den Ermeln schüttelen können / uti ille *Mystax* gloriabatur: quamvis verò ego rudes meas hasce cõceptiones non in *nonum* presserim annum, ad aliquot annos tamen eas collegi, reservaviq; ut *currente calamo* á me perfectæ non sint. Et tamen oppressissem eas diutius, nisi Studiosis gratificandum fuisset: interim nec illud *Columella* mihi incognitum: *matura satio sæpe decipit, sera semper mala est.* Et si aliis studia sua fortè immatura in publicum protrudere fas fuit, mihi certè in hac nostra *Nova Ernestina* quoddam evulgasse nefas haud esse poterit, quidni & mihi liceat, quod omnibus aliis?

Stulta est clementia, cum tot

Occurrant vates, perituræ parcere charta.

Et videntur tamen esse potius excusati, qui sub initium crescentis Academiæ, quò ita magis Studiosos invitent, famamque loci *novi* celebrent, conceptiones suas publici juris fieri permittunt.

Cœterum, placuit autem mihi universum jus nostrum *publicum* & *privatum* ex ipsis principiis resolvere, & in ipsam veritatem liberè inquirere, attamen non docendi modo & stylo hactenus usurpato, sed longè diverso, & ut spero, magis utiliori: Cum ipsis enim qq: resolutionibus etiam principia, & juris fundamenta fideliter subieci, distinctiones cum definitionibus addidi, quin semper quæstionis statum ad studiosorũ melio-

meliorem intellectum aperui. Senſi etenim vitioſiſſimas eſſe diſputationes, quæ ex authoribus *puris quæſtionariis* inſtruantur, illâ ipſâ materiâ de qua diſputatur relicta prorſus & incognitâ: quam perverſam & deſultoriam diſputandi & diſcendi rationem ab annis aliquot in ſcholas invaſiſſe & quandam quaſi Tyrannidem aut quæ Tyrannide peior, *Anarchiam* duxiſſe, non ita pridem jure & merito conqueſti fuere, *Meier. in præf. ad lect. coll. argẽtor. Bachov. in præf. ad lect. & in not. ad Tr.* quibus ego omninò aſſẽtior, *nõ poſſe ex puro quæſtiõario & conſtitiona-rio diſcipulo* naſci verũ Ictum: ſed tamẽ illi viciſſim, ſelectas qq. publicè diſputandas proponi poſſe, & etiam ad Studioſos exercendos, debere, ultro largientur, nimirum ſi eæ ita inſtituantur & reſoluantur, ut cum definitionibus ipſa materia, ex qua illæ ſelectæ, excutiatur, ipſiſſima principia, ex quibus illæ decidendæ, explicentur, definitiones, diſtinctiones, limitationes ſubijciantur quin ſtatus ipſius controverſiæ, dilucidè & ad oculum oſtendatur: quod nos vel aliqualiter præſtitiſſe, vel ſaltem enixè conatos fuiſſe, quisquis videbit: ſecuti in eo, *Hegium: Hottoman. Contium: Vaudum: Duaren: Cabotium. Vaſquium &c.* atq: hoc paucis indicare volui: Accipe hæc & fave brevi periculorum partem *tertiam* exſpectans,

In Jure

In Jure Publico & Privato

Partis II.

Periculum I.

Quod subivit

Christophorus Heinekingh Stadhagâ-Schaumburgicus.

Continuavimus nostra in Iurepublico & privato pericula, seligemus verò selectissima quaque, eaque ad veritatis trutinam examinabimus: In quorum examine utemur deinceps quoq; libertate Academicâ, nimirum nunc illum, nunc hunc, tam ex veteribus quàm novioribus Magistris nostris, *sequemur aut reprehendemus, omnes tamen sine ullo maledicendi studio. Rectissimè namq;* Aristoteles lib. 2. τῶν Μεταφυσικῶν. C. 1. *dixit: non solùm iis, quorum opiniones sequemur, habenda gratia est, sed iis etiam, à quibus dissentimus, quiq; veritatem tanquam scopum non statim attigerunt; nam & isti aliquid in mediũ contulerunt. Habitum enim nostrum & rudem quasi animi informationem exacuerunt, &c. Quare, sicuti ij, qui in aliorum opiniones hactenus inquisivêre, easque sapius notavêre, non aliorum* luminibus quasi officere, *sed jure suo* altius tollere *voluisse, magisq; veritatis eruendæ studio id fecisse, mihi videntur, ita idem alios de nobis dextrè judicaturos aquè confidimus. Sic ergo!*

Quæſtionum Academicarum

I.

An in caſu abſentiæ Merum Imperium quoad cognitionem & judicationem tantùm, an etiam quoad executionem demandatum ſit?

QUæſtionem hanc in *parte 1. quæſt. academ. 21. inf.* paucis ſaltem propoſuimus; & quidem ibi cum SC. *Gentil. 3 de jdict. 28. in f.* exiſtimavimus, hocce in caſu ſemper Merum Imperium ſine ullo temperamento, hoceſt, plenè, nimirum ſcelerum cognitionem cum animadverſione delegatam fuiſſe; quam ſententiam adhuc veriſſimam exiſtimamus: ſed quoniam diſſentientis *Hilligeri D. E. 17. c. 8. lit. Ddd.* rationes ponderoſæ videntur, operæ precium erit, eas hic reaſſumere & quàm diligentiſſimè refellere. Etſi verò *Hunnius de Idict. q. 1. c. 2. q 8.* illud ipſum etiam pro nobis aggreſſus fuerit, nemini tamen ſatisfecit. Quod noſtris citra tamen affectum lectoribus manifeſtum in ſubſeqq. faciemus. Verum cum *Hilligeri* rationes ferè indè concludant, quaſi judicatio criminalis à Mero Imperio omnino diſtincta ſit, de hoc principio primum præmonendum erit. Et quidem *in d. parte. 1. quæſt. Acad. 18.* nos defendimus contrarium, ſcilicet eandem eſſe Jdict. criminalem cum mero imperio, ſunt ſiquidem tantũ in Jdictionis materia tres principales termini, imperium Merum, mixtum & Jdictio in ſpecie. *L. 3. de Idict.* Et ergò Jurisdictio crim. & Merum imp. Synonyma erunt: aſt quoniam cognitio cauſarum civilium nomen *Idictionis* aſſumpſit, ad evitandam nominum confuſionem, criminalium deciſio nomine *Imperii* appellari debuit. Et hinc nec facilè apud *ICtos* Jdictionis vocabulum, quo duntaxat imperium merum ſignificetur, reperies. Quod ſi tamen nunc contenderis, etiam Jdictionis crim. appellationem rectiſſimam fore, non ideò tecum pugnabimus: ſed interim hoc poſito, & ſententiæ ferendæ & exequendi jus ad eandem referemus, *per ſupra diſputata in d. p. 1. quæſt. Acad. 18.* Ex quibus jam de judicio *Hunnii* judicium fieri poteſt: Cum ipſe *in d. tr. p. 2. l. 1. q. 3.* Jdict. criminalem ab imp. mero, ut cognitionem, & cognitionis executionem differre cum *Hilligero* ſtatuerit, plane contra eundem, in caſu abſentiæ utrumque, & ſic

etiam

etiam jus exequendi ea delegatione contineri, statuendum haud fuit. Quomodo enim nunc ad illam *Hilligeri* objectionem respondebit? Cognitio criminum non est pars meri imperii: *V. Hun. d. q.*3. *in respons. ad arg.* 2. cognitio criminum in casu absentiæ potest mandari: *l.* 1. *in fine prin. de off. ejus* juncta *l.* 1. §. 8. *ad Turpyll.* E. in eo casu mandari non potest pars meri imperii, quæ est secundum *Hun. in d. loc.* ipsa executio. Quomodo etiam ad hanc? Exercitio publici judicii in casu absentiæ potest mandari. *d. l.* 1, *v. hujus rei*: Exercitio publici judicii est ipsa cognitio *d. l.*1. *vers. & si à familia: de offic. ejus.* Ergò ipsa cognitio &c. *Hunnius* nihilominus ad hanc posteriorem *Hilligeri* oppositionem sic respondit: Exercitionem publici judicii constare duobus, & cognitione, & quoque animadversione; illam Jdictionis, hanc v. imperii esse: Et ergò publici judicii exercitionem latius patere quàm Merum Imperium. V. *ipsum in d. q.*3. *in respons. ad arg.* 2. sed quamvis ipsi concedamus, judicii publici exercitionem duo hæc simul comprehendere, & inde sic pro nostrâ sententiâ concludamus: quia judicii publici exercitio in casu absentiæ possit mandari: *d. l.* 1. *pr.* judicii à publici exercitio & judicatione & animadversione constet; Et ergò in casu absentiæ posse mandare utramque; attamen negamus simpliciter illam ad Jdict. hanc ad imperium solùm referendam, adeoque imperium & Jdictionem separandam esse; tum quia sic alias plures constituendi forent termini, *contra d. l.* 3 *de Jdict.* tum quia ita quoque esset negandum, imperium Jdictionis speciem esse; quod & quidem ipse *Hun. in d. q.* 3. negavit, sed ipsi ex se ipso inconvincibile hoc opponimus argumentum. Exercitio publici judicii mandata generali Jdictione in casu absentiæ transfertur, *d. l.* 1. *de offic. ejus.* Exercitio publici judicii maximè conspicitur in Mero Imperio: *ait ipse in d. q.* 8. *in resp. ad arg.* 1. E. maximè hoc casu videbitur mandatâ Jdictione, Merum Imperium translatum, & per consequens illud sub Jdictione continebitur. *V. in parte* 1. *quæst. Acad.*17. Hujus argumenti vim *Obrechtus*, ut eluderet publici judicii exercitionem *in d. l.* 1. te crim. Jdictione explicandam esse, respondit, tanquam hæc quidem sub Jdictione in genere contineatur, sed non Imp. Merum: verum cum isto jam effugio *Hunnius* abuti non possit, (*contradicit tamen* sibi *Hunn. in d. tr. p.* 1. *c.* 2. *in resp. ad arg.* 1.) sic omninò ipse isto argumento convincitur. Sed plura *vide in d. p.* 1. *quæst. acad.*17. Sanè si publici judicii exercitio patet latius, quàm Merum Imperium, non rectè ipse *d. q.*8. hoc modo informavit; *an ipsum*

Merum Imp. an verò ejus solum exercitio: &c. quicquid tamen sit, qui Merum Imp. potestatem exequendi solum definit, adeoque à Jdict. crimin. separat, ille vix firmo aliquo argumento, in casu absentiæ illud cum hac simul delegatum fuisse, ostendere poterit. *Hunnius* quidem in *d. q.* 8. sic argumentatur : in quibus terminis loquitur regula, in iisdem quoque exceptio. Sed regula *in d. l.* 1. *de off. ejus*. concepta est de ipso Mero Imperio, seu de exercitione Meri Imp. E. & exceptio de eodem concipi debet. Verum hoc posset magis sic inverti : Quia regula de ipso Mero Imp. loquatur, hoc verò tantum sit in executione positum, sicuti *Hunnius* definivit, & ergò hinc necessariò, tantum jus exequendi in casu excepto, mandari, concludatur. Debeat idcirco ipse sic arguere : Regula *in. d. l.* 1. totam judicii publici exercitionem, quia lege detur, mandata Jurisdictione, posse transire negat: Et ergo exceptio totam quoque eam in casu absentiæ mandari, & mandata Jdictione transire posse, affirmat. Sed quàm malè *Hunnius* judicii publici exercitionem ab Imperio separet, ipsa d.l.1. benè ostendit, quippe in ea, quod *ICtus in pr.* exercitionem publici judicii delegatam, id statim in §.1. merum imp. quod lege datur, vocavit. Imperium itaque merum, seu si mavis, Jdictio crimin. duo ista continebit, quo ergò demandato & sententiæ ferendæ & exequendi jus demandatum intelligetur; ex optima ratione, ne supplicia præsertim jam damnatorum differantur diutius, contra *l.* 18. *C. de pœn. ibi: cum in detectis gravioribus causis ultio differenda non sit: l. pen. C. de custod. reor. ibi: convictos velox pœna subducat.*

Sed nunc *Hilliger.* opponit: nullo casu, ne quidem absentiæ, imperium merum delegari posse, quare semper solam Jdict. criminalem, hoc est, tantum cognitionem mandatam, intelligi; idque ita probare vult 1. quod *in d. l.* 1. dicatur in casu absentiæ exercitio publici judicii tantum mandari, quæ per se sejuncta sit ab imperio. Et ideo 2. in d. l. 1. habeatur, cognitionem tantum non posse mandari, scilicet regulariter. Et ergo in casu quoque excepto eandem tantum mandari permitti: Unde 3. *in d. l.* 1. §. 1. subijciatur, Merum igitur Imper. *non posse* transire; Et ergo non posse ullo casu, innui. Quæ tres *Hilligeri* probationes innituntur falso principio, nimirum Imper. Merum à Jdict. crim. separandum esse : quod quoniam ipse *Hunnius* inconsideratè approbavit, nihil solidi ad eas respondere potuit. Nos in genere hoc respondebimus, ICtum *Papin. in d. l.* 1. ab enumeratione ipsarum partium ad suum totum

inferre

inferre, hoc modo: Quia neque cognitio, quod ex SCto habeatur; neque exercitio seu animadversio, quod lege detur, mandari possint. *d. l. 1. vers. Hujus rei fortiss. argum.* Et ergò nec posse ipsum merum imperium *d. l. 1. §. 1.* Neque *Hilligerus* verè affirmare potuit, JCtum *in d. l. 1. in pr.* de Jdictione criminali solum loqui, quæ vocetur exercitio, hoc est, ipso JCto interprete, cognitio: de Imperio Mero verò *in §. 1.* quod dicatur animadversio: Illamque regulariter quidem nō mandari, attamen in casu solo absentiæ; *d. pr.* hoc autem nunquam & nullo casu, *d. §. 1.* Pulchrè ita hæc dicuntur, interim non verè, tum, quia & sic Jdict. crim. ab imperio separanda esse falsò præsupponitur; tum quia ita malè verbum exercitionis pro cognitione, non etiam executione explicatur; cum tamen publici judicii exercitium in animadversione quàm maximè conspiciatur, quod rectè respondit *Hunn. ad arg. 1.* tum quia ita vitiosè cognitio & animadversio opponerentur, *in d. l. 1. pr. & §. 1.* cum adhuc intermedia sit pronunciatio, sive jus ferendæ sententiæ, quod jus cum *Hilligerus* ad cognitionem seu judicij publici exercitionem referat, *vide Hillig. d. lit. Ddd. vers. non probo idem*: consequitur illud in casu absentiæ, simul dari; Et ergò cui datur jus condemnandi, nos eidem etiam jus exequendi datum volumus, tam propter rationem suprà allegatam, quàm quod in condemnatione præcipua pars imperii sit, *arg. l. 2. §. 16. & 23. de O. I.* tum deniq;, quia aliàs ex hac oppositione imperii & cognitionis ferè sequeretur hæc conclusio absurda: cognitionem de criminibus specialiter Lege non deferri, *& ideò mandari posse*: hoc modo: Imp. Merum non est cognitio: Imp. Merum lege datur, *d. l. 1. §. 1.* E. cognitio lege non datur. *velita*: Imperium Merum non potest mandari *d. l. 1. §. 1.* Imp. Merum definitur ab adversariis sola potestas exequendi. E. sola potestas exeq. &c. Falsum itaq; est ut in specie ad argumenta respondeamus, 1. quod exercitio sit sejuncta ab imperio. 2. quod regula: quæcunq; lege dantur, non mandantur: sit de solâ cognitione concepta, & 3. nullo casu Merum Imp. posse transire; vel aliàs omninò jam sequetur, aliter tamen ac ipse *Hillig. D. E. 17. c. 7. lit. a. vers. quid habendum*: existimat: Merum Imp. sub Jdictione non contineri, nimirum quæcunq; lege dantur in casu absentiæ, Jdictione mandata, transferuntur *d. l. 1. statim in pr.* sed imperium lege datur *d. l. 1. §. 1* Ergo: Vlterius quæ mandata Jdictione transeunt, ut ea sub hac contineantur necesse est. Vel ergò jam

imp. sub Jdict. non continebitur, aut cum ea in isto casu excepto, transibit, atqui juxta *Hilliger.* hoc sub Jdict. generali continetur, *d. lo.* omninò igitur imperium aliquo casu transire potest. Et parum est, quo movetur *Hilliger.* quasi verba: *non posse*: omnem exceptionem abnuant quoniam & eadem JCtus in *ead. d. l. 1. in fine prin.* cognitioni adjecit, ut nunc alia taceamus. *Hillig.* 4. objectio est: quod multi quidem dixerint, mandata Jdictione, publ. judicii exercitionem, hoc est, cognitionem, transire, neminem a. dixisse, transire quoq; mandata Jdictione animadversionem; & ideo istud à JCto debuisse redargui in *d. l. 1. prin.* non etiam hoc *d* §. 1. quam objectionem licet ipse putet inconvincibilem, ita tamen dissolvi potest: quo jure & errore Magistratus dixerunt, mandata Jdictione, cognitionem transire, eodem etiam ipsam animadversionem, transire voluerunt: sed utrumq; sine jure & erroneè dixerunt, quia utrũq; lege datur *d. l.* 1. Et quomodo non Magistratus illi, qui ipsum jus condemnandi cum Jdictione sua mandabant, etiam simul jus exequendi mandatum esse dixissent? *repete ea quæ paulò ante dixi*: Et quare magis illud transire, quã hoc existimassent? sanè *ICti* ratio decidendi hæc est, quæ Lege dantur, Jdictione mandata non transeunt: tàm verò cognitio quàm executio lege datur *d. l.* 1. Ergo neutrum transit: Et inde ideò infert: quare nemo (scilicet jure, vel sine errore) dicit animadversionem: &c. *d. l.* 1. §. 1. Manet itaque verum: Mandatâ Jdict. legatum proconsulis nec tamen habere animadversionem neq; publici judicij exercitionem, quam *Hillig.* cognitionem interpretatur, quod & hæc à Lege detur, & ergò neq; transferatur regulariter *d. l. 1.* Hinc extra ordinarium seu irregulare est, quod in *l. 6. de off. procons.* dicitur, & ipse *Hillig. d. lo.* respondet, ibi non publici judicij exercitionem totam, sed institutionem processus sine sententiæ dictione, mandari, sive nudum tantum jus audiendi concedi, *l. un. C. eod.*

5. Objectio est ex *N.* 128. *c.* 20. quam ipse apertissimè hoc probare dicit, sed quid ad eam *Hunnius*? reponit ferè verba tantum. Et quidem primò ponit ipsissima verba *Sc. Gentil. ex d. c. 28. in. f.* quæ tamen nihil illuminat: sed cum contra *Sc. Gentilem* Hilligerus *dicti c.* 20. *verba fin.* rectissimè urgeat. Hunnius ad hoc nihil dicit, quam totum istud. *c.* 20. penitius introspectum nihilquicquam obstare, nil ad rem facere &c. Sed hoc tantum probare, quod Præsens peregrè absfuturus non

possit

possit *supremum* Meri Imperij gradum, ad quem capitalis animadversio pertineat, mandare, ast tamen cœtera tam præsides mandare quàm horum vicarios facere posse: Et ergò, sicut Merum Imperium ipsi præsides exercere possint, ita & vicarios eorum, capitali solum supplicio excepto. Verum sic *Hunnius* fatetur contrà se, Merum Imp. in casu absentiæ plenè non demandari posse, cum tamen ex ratione ista quam *in suo arg.* 2. allegat, magis *supremum* Meri Imp. gradum demandari posse & debere concludatur. Et utiq; de delegatione capitalis animadversionis sic maximè quærimus, & ergo cum hujus cognitionem & judicationem ipsi Præsides habeant, etiam eam vicarij quoq; ipsorum exercere possunt, *d.c.* 20. Quomodo benè adhuc arguitur, in absentiæ casu Merum Imp. non transire. Quare nos *d. cap.* 10. de delegatione causarum civilium explicabimus, dicemusq; hoc tantum quòd ibi disponitur; nimirum vicarios posse ante Præsidum adventum causas omnes expedire, & ea omnia agere, quæ possunt ipsi Præsides, *præsentes scilicet*, facere hoc de civilibus intelligi oportere, nam ad criminalia extendi non potest, quorum præsides præsentes ne quidem cognitionem mandare possunt, *l.* 1. § 8. *ad Turpyll.* atq; hoc in verbis: *citrà tamen noviss. supplicium &c.* innui putamus: sed jam urget *Hilliger. verba fin. d.c.* 20. in quibus proponitur casus absentiæ, & in eo idem fieri permittitur, in tali autem casu Jdictio crim. vel etiam, uti nos volumus, Imperiũ Merum delegabile est. Potest tamen responderi, in istis *fin. verbis* hoc saltem disponi, quod sicut Præses antequam in provinciam venerit, vicarium instituere, ita quoque si postmodum ex ea exierit, similiter vicarium relinquere possit: ut sic casus egressus ingressui in provinciam opponatur. Cœterum quid & quantum in casu egressus vicario in criminalibus committi possit, ex regula *d. l.* 1. *de offic. ejus* semper æstimandum venit, vide etiam Fachin. lib. 12. c. 98. Objectio 6. concludit à simili, quod cum is, cui mixtum imp. vel Jdictio mandata ab homine fuerit, semper quidem cognitionem nudam, ast nunquam exequendi facultatem delegare possit, Et ergo ille qui Merum Imp. à Lege datum habuerit, etsi aliquo casu illam nunquam, hanc tamen delegare valeat, nimirum propter gravitatem causarum criminalium *V. Hillig. d. l.* quid hic *Hunnius*? respondet ipse à separatis ita male in ferri: nam mixtum imp. vel Jdictio ab homine mandata non sit mandatarii propria *l.* 3. *de off. ejus, l.* 5. *l.* 16. *de Idict.* sed tamen imp.

men Imp. Merum à Lege datum, accipientis esse proprium, *l. 70. de R. I. L. 6. de off. procons.* ubi est verbum *Dari*, quod proprietatem & dominium denotat &c. Verùm hæc responsio ad *Hilligerum* refutandum nequaquam sufficit, legit enim, aut legere debuit *Hunnius*, ea quæ *Hillig. in eod. c. 8 lit. Nn* (ad quem locum *ipse Hillig.* lectorem hic remisit) egregiè contra eorum opinionem, qui *jure Romano veteri* non usum imperii meri, sed proprietatem habuisse Magistratus volunt, disputaverat, ubi ad illud *Hunnij* fundamentum per instantiam respondit, quod & mandata Jdictio dicatur *Dari* in *l. 4. pr. de offic. ejus*. Sed hanc litem hic nostram non faciemus: *Hunnius* quidem etiam hanc quæstionem *in d. tr. p. 1. c. 2. q. 1.* resolvit, sed satisfactionem minimè præstitit; imò ad fundamentum *Hilligeri ex l. 1. d. off. eius* ubi vocatur *exercitio publici judicij* fere sibi ipsi contradicendo respondit, scilicet ibi exercitium denotare Jdictionem crim. &c: *jam conjunge d. q 8. arg. 1. & resp. ad arg. 1.* Et sanè *Iustinianeos novos* istiusmodi suis resolutionibus facilè seducere posset; quis enim exinde non ita existimaret: si itaq; Imp. Merum jure proprietatis & dominii nostrum est; Et ergò prout rem nostram alienari & in alium pro libitu transferri posse &c. Quare hoc dubium removendum erat & adjiciendum, nimirum hac tamen conditione legem Imp. Merum dare, ne quis id mandet aut transferat: quomodo magis proprium sit cujusque, quod ipse habere cogatur, & quo se ipse exuere non possit, dicente *Sc. Gent. de Idict. lib. 3. c. 31. p. 456.* sibi ipsi tamen etiam contrario in *d. lib. 3. c. 3. p. 348.* Quicquid sit, hanc quæstionem nunc definire animus non est: Ad Hilligeri saltem objectionem sic respondebimus; Si non obstante gravitate causarum crim: tamen in casu absentiæ cognitio & judicatio earum demãdari potest; omnino etiam & magis exsecutio ipsa demandari poterit; quin quoq; eo casu simul & maximè demandata esse intelligi, quod gravissima capitis supplicia, & Reipubl. & ipsorum damnatorum quàm cito puniri, plurimum intersit: quod interesse cum non versetur in civilibus, earum exsecutio suspendi diutius aliquanto poterit. Quo ergo causarum pœna gravior, & diuturnior mora damnatis periculosior, eo facilius permissa videbitur delegatio. Quæ sanè ratio simul à damnatorum salutis animarum periculo desumpta, fortior est, & illam Hilligeri vincit, præcipuè cum etiam ea à *simili* tantum concludat, qualis illatio in his, quæ meri imperii, non procedunt, ipso

Hillig:

Hillig. fatente, *[illegible] Ddd. in f.* Et ergò cum & ea ratione remota nihil amplius [illegible], concludimus in casu absentiæ plenè & sine ullo temperamento [illegible] Imperium delegatum fuisse, atque hoc ideo prolixius [illegible] placuit, ut simul doceremus [illegible], etsi ipse hic & sæpius in pluribus nobiscum faciat, rarò tamen lectoribus suis satisfacere.

II.

Quæstio; an Codex deroget pandectis? reassumitur & latius explicatur.

QUæstionem [illegible] *quæst. acad.* 12. proposuimus & ibi, Codicem [illegible] pandectis, defendimus. Equidem adhuc sumus [illegible], quam [illegible] & didicimus à *Fr. Gratiano de Garzat. in [illegible] de [illegible] LL. ff. & C.* & quem secutus fuit nuper *Giphan. in [illegible] specialiter explicat. ad LL.* [illegible] Quis enim respondebit huic argumento? [illegible] Leges Codici posteriori, quibus [illegible] prælectionum [illegible] quinquaginta, ut dicit *Giphan.* seu quatuor, ut [illegible] sunt [illegible] pandectarum tempore priores: Et ergo [illegible] *de constitut. prin.* Antecedens probatur, [illegible] *C.* 531. at pleræque novæ istæ constitutiones [illegible], & de quibus hic tantum quæritur, fuerunt [illegible] *Orestes* consulatum gesserunt, vel [illegible] vero post editionem pandectarum, puta [illegible] quas enumerant *Giphan. & Fran. Gratian. ad. locu.* Vide [illegible] *lib* [illegible] *cap. 7 in f.* ubi hæc dilucidius oculis tuis per [illegible] subjicit, & poteris etiam singulorum Legum Codicis [illegible], atque annum & consulem observare, ideoque de tempore [illegible] facile judicare. Et licet ita quidem post mandatum de componendis pandectis, quod Tribon. cum sedecim sociis collegis [illegible], anno C. 530. [illegible] *Deo auctore: eo tempore digest.* [illegible] constitutiones [illegible] novæ sint factæ & promulgatæ, nihilominus sunt eædem [illegible] confectionem, editionem & confirmationem compositæ [illegible]. Quomodo ergò possent hæ novæ Leges Codicis derogare [illegible] pandectarum, quod nondum fuerat? Qui si vero Lex, quæ hodiè fertur, Legem quæ post annum unum alterumvè condi-

tur abrogare posuit, Absurdum absurdorum absurdissimum [illegible] ta-men *communiter* Dd. contrarium sentiunt, & hinc frequentissime [illegible] es Digestorum cum LL. Codicis conciliaturi, illas per has esse correctas, respondeant, ideo in gratiam studiosorum paucis videbimus, [illegible] sit ad superius propositum argumentum probabiliter pro [illegible] regeri. Fatemur namq; libentes, isthoc conciliandi modo [illegible] mè, ac facilimè quam plurimos & ferè infinitos [illegible] nantiam reduci posse, qui vel ideo imprimis hodiè approbandus [illegible] diosis præscribendus fuerit, quo maturius [illegible] storum adipisci queant, nam cum hodiè magna [illegible] Pontificium, Feudisticum, noviores constitutiones [illegible] spe-ciales, consuetudines item nimis quàm varias & [illegible] prope infinitas, quomodo cum præscripto quinquennio [illegible] rum cursum finire isti possent? Quid respondere [illegible] Scio *quendam* ita respondisse, quod Tribonianum [illegible] tempo-re compositionis ipsarum pandectarum, ad novas illas constitutiones sub & post *Coss. Lamp. & Orest.* interim ad [illegible] & promulgatas, [illegible] atq; etiam [illegible] post dic-[illegible] sub & post *Coss. Lamp. & Orest.* subscriptas Legibus π. de-rogare [illegible] enim Tribon. in π. plu[illegible] nibus interim latis contraria proposuerit [illegible] ipso fuisse, ut nihil antiqui juris [illegible], [illegible] ni-hilominus ipse jam antè per *dd. constit.* [illegible], quasq; ideo constitutiones Legibus pandectarum [illegible] derogare debere præviderat. Et hic [illegible] non [illegible] adversa-[illegible], sed potius [illegible] & [illegible] Triboniani [illegible] endum [illegible], [illegible] olvit, [illegible] in componendo toto jure vetusto [illegible] studium in eodem [illegible] corrigendo. Verum ex hac responsione [illegible] sequetur, scilicet, Leges π. post [illegible], illis Constitutionibus [illegible] promulgatis rursus derogasse, per l. [illegible] *de constit. prin.* [illegible] Tribonianus sub-secuturam Codicis [illegible] potuit, ad quē emendandam & secundo edendam, demum [illegible] 534. atq; [illegible] anno post editionem pandectarum, mandatum accepit *l. constit. cordi nobis est de emend. Cod.* Sed cum Justin. pandectas ex veterum Jctorum tantum libris componi expressè præceperit, *l. constit. Deo auct.* [illegible] §. [illegible] *&* [illegible]

… de concept. dig. [illegible] compilatores ad sacratissimas Principum constitutiones [illegible], ad easque responsa antiquorum prudentium accommodare [illegible] *V. const. de novo Cod. fac. confer. [illegible] in comm. ad primam ff partem [illegible]*. Si omnino hæc [illegible] responsio non satisfacit. [illegible] igitur an aliquid probabilius possimus adferre. (Constat [illegible], Justinianum juris compilatoribus primo mandasse novum Codicem ex solis Principum constitutionibus componi, & [illegible] ex solis JCtorum libris confici, *V. § 11. de concept. digest.* [illegible] compositores Digestorum debuerunt ea tantum ex [illegible] JCtorum conficere, & sic ad constitutiones novas [illegible] potuit, ut hinc ipsi quamplurimas [illegible] opiniones & sententias in Digestis posuerint, quibus tamen [illegible], dum [illegible] componebantur, Principum constitutionibus [illegible] derogatum, atque ita mirum haud erit, si nunc in Digestis multa adhuc reperiantur, constitutionibus contraria ac repugnantia, cum compilatores, uti diximus, [illegible] non habuerint, [illegible] Constitutiones [illegible] easque sequerentur, [illegible] Deinde [illegible] pandectis editis & promulgatis, maxima [illegible] Constitutionum vel anteà vel interim [illegible], [illegible] juris compilatoribus [illegible] admoneretur, ipse [illegible] anno subsequente Codicem emendari [illegible] Codicique reperito novas illas suas [illegible] cimas inseri, cumque de novo publicari, jussit [illegible], *d. [illegible] §. 1. & 4.* Et ergò omnino Justiniani [illegible] novas Constitutiones, Legibus pandectarum derogare [illegible] quare eas Codici repetitæ editionis de novo inseri, & ex hoc Codice posteriore solum de jure statui, mandavit, *d. Const. §. 4.* Licet igitur Constitutiones hæ, Leges pandectarum aliquo tempore [illegible] quia tamen post has Leges denuo repetitæ fuere, & quidem eo [illegible] Digestorum [illegible], omnino dicendum videbitur, Leges [illegible] per has Constitutiones [illegible] & emendatas esse, hocq; ideo respectu Legibus *ff.* Constitutiones [illegible] posteriores censeri posse. Cui tamen responsioni satis probabili [illegible] inter cætera [illegible]: planè incivile fuisse tale mandatum Justiniani, ut juris compilatores ad constitutiones novas, atque ita ad jus, quod tum in usu frequentabatur & quod in ipsis rerum obti-

[illegible] argumentis §. 3. *in proœm.* respi[illegible] [illegible] hic [illegible] tamen istud de comportando jure veteri ex innumerabilium [illegible] libris eo fine datum fuisse, ut nihil [illegible] antiquitatis ignoraremus, sed & nobis simul quod anteà obscurabat & quod postea Imperia[illegible] [illegible] illuminatum fuerit ex[illegible] [illegible] *arg. §. 3. [illegible] proœm.* post [illegible] hoc replicari. Et si *[illegible]* [illegible] jus vetus in Digestorum .50. libros, veluti in compendium [illegible] transportari & [illegible], non debuisse tamen [illegible] veteres integras & veras veterum prudentum leges, [illegible] fontibus, & eorum libris repeti & allegari [illegible] *constit.* [illegible] *format. digest. Vide* [illegible] *Cons.* [illegible] *[illegible]* [illegible] quod [illegible] hic dici possit; egenam potius antiquam multitudinem [illegible] sed Justiniani brevitatem opulentissimam esse effectam [illegible] 17. & insuper [illegible] brevitatem præ multitudine librorum, quos comparare nobis impossibile fuerat, [illegible] §. 17 hodie [illegible] esse; Cum & [illegible] ingenii [illegible] exigitat compendiosiorem viam admittat facillime *d. constit. tanta* §. 16 Sane quominus [illegible] Justiniani [illegible] excusandus magis est, quam à nobis culpandus, [illegible] tamen fuisse ab omni parte beatum. [illegible] excusatione admissâ, posset adhuc videri vis argumenti propositi perstare, nimirum novas constitutiones & decisiones istas priores tamen esse tempore; Et ergò neque posse derogare Legibus [illegible]. posterioribus: Quare concludendo [illegible] disting[illegible] [illegible] set, inter istas constitutiones & decisiones quatenus *singula* [illegible] *primis* separatim & dispersim, [illegible] tempore fuere promulgatæ, [illegible] quatenus *omnes* [illegible] *postea* conjunctim & simul uno eodemque tempore in Codicem [illegible] quidem quoad separatam & dispersam singularum constitutionum promulgationem tempore sint priores, [illegible] quoad conjunctam omnium, & simultaneam collectionem, [illegible] fuerint posteriores, siquidem integro anno [illegible] Codex repetitæ promulgationis editus & confirmatus est. [illegible] *Const. cordi. de emend. Codic. inf.* Atq; ad hanc quæstionem [illegible] effectum, ut derogent sufficere poterit, [illegible] posteriores esse, prælertim cum Justiniani ante [illegible] Codici quoque posteriori, ut [illegible] Leges [illegible] moderari [illegible] & [illegible] conjungi, juvat hanc responsionem, [illegible] Codex repetitæ promulgationis pro [illegible] Lege [illegible] [illegible], & Leges, quæ nunc in eo Codice leguntur, uno [illegible]

[illegible]

[illegible] ex quaratione defendunt nostri, Legem [illegible] Codici haud derogare alteri, *V. d. constit. cordi. de emend. Codic.* § [illegible] *& 4.* [illegible] apparet, repetitæ promulgationi si[illegible] [illegible] effectum derogandi, aliquid tribui posse [illegible] *part. 1. quæst. acad. 12.* dictum fuit, quoad [illegible] repetitam, sed primam, adeoq; tempus [illegible] & editionis inspiciendum esse; sed id [illegible], falli nihilominus, cum, sicubi de [illegible] *Justiniani* constiterit, quomodo in hac [illegible], postquam admonitus fuisset, aliud in [illegible] promulgatis, aliud in [illegible] interim [illegible] *anno* [illegible] *eq. 534.* mandasse, Codicem suũ emendari [illegible], quo fine quove effectu? [illegible] & omnem dissonantiam tollerent, adeoq; ut [illegible] LL. *pand.* [illegible] per quandam Leges Codicis emendatæ [illegible] nihil amplius [illegible]. & C. reperiretur [illegible] cadaver hominis propriè homo non est, ita [illegible] Lege habebitur. *V. d. Constit. de emendat. Cod.* [illegible] sententia *communis* contrà *Fr. Grad & [illegible]* [illegible] etiam ac facilius studiosos ad finem [illegible] vel ingeniam vel [illegible] juris dudum immortaliter [illegible] plausibile ex *d. Constit. Cordi de emend. Cod.* [illegible] *[illegible]nius* quidem *d. lo. arg.* [illegible] respondet, [illegible] accipienda esse, de illo jure antiquo, [illegible] re[illegible]non erat: sed nescio an sufficiens hæc sit [illegible] [illegible] Atqui [illegible] C. [illegible], per priores Codicis, pandectarum [illegible] Legem [illegible] emendatum, adeo nulla [illegible] indigebant [illegible] *Justin.* non intelligit, & per consequens [illegible] Leges [illegible]. emendatæ [illegible] Nihilominus & hic [illegible] conversis, [illegible] & [illegible] quod in libris [illegible] [illegible] fuisse [illegible]

T[illegible] argumē[illegible] ipse [illegible] etiam [illegible] Consbt. & decis. con- [illegible]) qui juris veteris articuli [illegible] à Justiniano emendarentur, ipsam, de cu etiam admonis[illegible] Collegii [illegible] quibus cum eum [illegible] bat, istos locos & juris capita in veteris juris collectione & ex [illegible] præterisse, quod[illegible] Consil. ex Jveteri jam corr[illegible] erat, intactum reliquisse, adeoque [illegible] superfluo superfedere voluisse, [illegible] men [illegible] quem totum [illegible] correctam in ordinem redegisse inq. libros [illegible], &c. Quæ responsio & si *conjectura* nitatur tantum po[illegible] responsio ad superius *Gybany* argumentum [illegible] tantum. Quid ergò [illegible] in hac quæ[illegible] maximè tamen necessaria, affirmant & [illegible] *quæ*, posset. Exercitati Præsides[illegible] etiam [illegible] modo [illegible] uti, quo interim eis pro capitu & ingenio auditorum [illegible] tamen [illegible]. Cæterum quæ sint [illegible] Constitutiones novæ, & insuper [illegible], *infra* inquiremus & ostendemus. Jam enim [illegible] aliquid [illegible] hisce statuimus.

III.

An delegatus Principis, id est, judex à principe datus, possit Meri Imperii causas sibi à principe commissas alteri subdelegare, adeoque Merum imperium mandare?

CLarum est, *inquid Guido Papa decis.* [illegible] quod Princeps delegat criminalem; sed est dubium inter *DD.* [illegible] delegatus a Principe possit causam criminalem subdelegare. Nos [illegible] hanc juris articulum explicabimus. Regula [illegible] posse Merum Imperium quod [illegible] transferri, *L. 7* [illegible] ab hac regula delegatum Principis [illegible] *Guido Papa d. decis.* [illegible] exceptionem non [illegible] exceptionem hanc affirmant *Br. &* [illegible] *C* [illegible] *in L. 1. C de judic. Col. 5. & late in utramque partem* [illegible] *17. 18. & 19.* quos etiam pro se allegat ipse *Guido* [illegible] *decis. & ejus additionatores ibidem*, qui omnes hunc [illegible] alteri delegare meri imperii causas posse, concedunt. Et horum etiam sententiam *communem* esse ait *Muscor n. 136 de Iud.* tametsi ipse eandem [illegible] probet. Communem istam post *Br. Bl. Ias. & Gml.* sequitur quoq; *Lo-*

[illegible] *in repet L.* [illegible] *4. cap. 3 & Sc. Gentil. lib. 3. de Idict, c. 28.* quem [illegible] tamen [illegible] *in D. E. 17. c. 8. lit.* [illegible] Sanè fateor quidem eum [illegible] lapsum esse, Et cum [illegible] pro se habet consilium [illegible] duorum Doctorum approbatorum, is probabilem [illegible] habuisse causam dissentiendi [illegible] *v. l. 1. d* [illegible] *1. th. 7.* [illegible] quanto magis *Gentil.* noster, quippe pie [illegible] [illegible] habuerit, *Mustorn. d. n. 136.* Itaque cum Dd. communiter [illegible] omnes teste *Mustorn. d. n.* ideoque non [illegible] prout tamen ea visa fuit [illegible] *d. lit.* I[illegible] profundere) operæ pretium est ad eam [illegible] Placet vero sententia eorum, qui in delegato [illegible] dam esse negant, vide *Fachin. 1.* [illegible] *Math. Stthp. lib. 1. c. 18. n. 58. & seqq. de Idill. Menoch.* [illegible] *q. 54.* [illegible] *c. 5 n. 25. de Idict.* qui & alii judicem [illegible] causis [illegible] delegare non permittunt, hancque sententiam [illegible] *Lan.* C. [illegible] *d. loc.* tribus rationibus obfirmat [illegible] Magistratus cum mero imperio [illegible] cognoscendas & exequendas [illegible] mandare seu alteri delegare *l. 1. de off.* [illegible] quippe ad unam tantum causam [illegible] datus *Hannus* nobiscum judicem [illegible] delegare non permittens, in *tr. de Idict. p. 1. c.* [illegible] tamen [illegible] esse argumentum, ad quod [illegible] *d.* [illegible] bene responderit, consequentiam negando: quia delegatus a Principe in causa sibi Commissa major sit quovis ordinario [illegible] *c. sane 11. de off. deleg. facit L. 18. §* [illegible] major ejus in eadem causa potestas. Quam [illegible] potuisset contra *Sc. Gentilem*, quod majoritas ista intelligatur [illegible] non etiam firmitate, quomodo [illegible] judicis ordinarii [illegible] sit Juri dicto. [illegible] *n. 1. & 4.* [illegible] *12. centur.* [illegible] *& 86.* Sane contra [illegible] ejus verba p. 44 [illegible] possunt, in quibus dicit huic judici *specialiter & nominatim* certam aliquam cognitionem vel quæstionem [illegible] delegatam esse, Et ergò videri debeat, tantò minus hunc judicem posse eam

eam [illegible] delegare, [illegible], quod quæcunq; ita *specialiter ac nominatim* [illegible] [illegible], non possint delegari. *L. 1. de off. ejus in pr.* tum etiam, quod quoad unam singularem causam maximè videatur industria judicis hujus electa, & principem specialiter ejus fidem spectasse, adeoq; voluisse ipsum, non alium, cognoscere *arg. eorum quæ tradit VValther. 2. Miss. 9. in pr.* quam rationem *Muscorn.* [illegible] 140. dicit esse invictam. Et licet *Sc. Gent. d. lo p. 445. in M.* hoc quidem ita esse fateatur, sed & in civilibus causis, quarum quædam etiam criminalibus graviores sint, pariter judicis industriam & fidem videri electam, & nihilominus tamen eas delegari posse, respondet [illegible] dissimile est, siquidem causæ civiles natura suâ delegabiles sunt, *L. 1. de off. ejus.* quoniam jure Magistratus, id est, jure suo competunt, *L. 5 de Idict.* & ideo *sola* ratio industriæ & fidei electæ delegationem [illegible] non impedit, quæ tamen cum hac ratione *conjuncta*, quod criminales causæ à Lege & principe dentur, adeoq; jure alieno [illegible], earum delegationem excludit *dd. LL.* Secunda *Hilligeri* ratio est, [illegible] est à Lege Imperium Merum, & quidem expressè, [illegible]. Ergo neq; is, cui tantum *mandatur* illud à Principe, [illegible] *dare* [illegible] est, quam *mandare*, &c. Quam ejus rationem [illegible] non satis capio, aut valdè infirmam esse fateri cogor: Etenim licet verbum *dandi* sua naturâ potentius sit & proprietatem significet, sæpe tamen pro re subjectâ, sicuti hic, acceptio ejus variat: quod ait & ostendit *ipse Hilliger. d. c. 8. lit. Nn. ferè in f.* quoniam [illegible] Merum Imperium à Lege *datum* sit, non tamen [illegible] *Hilliger. de lit. Nn post prin.* sive datum itaq; à Lege, sive [illegible] à principe, Lege animata, imperium [illegible], in effectu convenit, [illegible] utroq; usus seu exercitium [illegible] *Vide q acad p acet ferè in f.* Cæterum quamvis [illegible] à principe [illegible] alicui *mandari* tantum, nihilominus delegatus hic ex aliorum [illegible], superior est in ea causa sibi commissa quovis ordinario, *per jura supra allegata*: multaque habet singularia, de quibus vide *Sc. Gentil 2. c. 7* [illegible] quorum bonam partem cum referat & approbet *Hilliger d. c. 8. lit. Hhh.* firmiter hoc argumento ipse uti non potuit, adeoque nec aliis mirari, quasi illi, [illegible] omisso, aliena ferè & longè quæsita argumenta, sectati fuerint. *Tertia* ejus ratio hæc est: Si Merum Imperium mandari poterit ab eo quem Princeps delegat, sequitur semper illud mandari posse; ratio consequentiæ imperium hoc haberi nequid, nisi à Principe, id est, eo qui statui præest;

[illegible]; Sic in statu populari nulli illud committebatur, nisi quià populo ejusve vicem [illegible], Senatu mandatum accepisset. *L. 2. §. 23. de O. j.* in Monarchia [illegible] ab Imperatore tribuebatur *L. 1. de off. [illegible] ejus.* Verùm consequens est absurdum & contrà *d. L. 1.* Quare dicendum delegatos Principis [illegible] subdelegare non posse. Quod argumentum [illegible] *Hunnius d. loc.* quod ego tamen satis firmum esse puto: Si interim quis dicat, quibusdam enim Merum Imperium specialiter Lege concedi *per d. L. 1. in pr.* & ergò quosdam illud à Lege habere; e tribus verbis respondebimus: [illegible] imperium merum habere à Principe, *arg. L. [illegible]* cum & princeps Legem condat, ex qua [illegible] Imperium illud habeant. Et ergò quod est causa causæ, est etiam causa causati, [illegible] regulæ, Imperium Merum à nemine mandari posse, *d. L. [illegible]* [illegible] in delegato Principis exceptio. Sed [illegible], exceptionem hanc apertissimè demonstrari *per L. un. C. qui pro sua [illegible]* quàm duobus modis pro ipsis indicit & perpendit *Muscorn. d. tr. n. 116.* [illegible] & principale fundamentum [illegible] *d. L. un.* positum esse, quam igitur breviter examinabimus, [illegible] contrariæ sententiæ rationes pluribus à *Mœnoch.* [illegible] *12. c. [illegible]. & Muscorn. d. lo.* relatæ & relatæ sunt, [illegible] qu stionē hanc *Hunnius d. lo.* Et quidem *Menoch.* [illegible] quibus etiam leviter transit *Hunnius d. loc.* respondendo [illegible] regulam: Delegationem fieri non posse, nisi causæ [illegible] quibus committuntur, ad ejus qui delegat [illegible] excipiatur Principis delegatus, Et ergo [illegible] sequi. Eum delegatum & causas quæ suæ jurisdictionis non [illegible], hoc est, sibi non demandatæ, & personis sibi non subjectis, subdelegare posse. Atqui illum esse sensum verborum *d. L. un. nullo pe[illegible]* hocque quoad delegationem causarum tantum civilium *in d. L. un.* speciale in delegato Principis proponi. Verùm contrà hanc responsionem [illegible] putat *Donellus 17. com. 22. in pr.* quod ex [illegible] ci [illegible] in alia causa judicem dare posse, quam quæ ipsi commissa sit. [illegible] falsum esse apud dextrè philosophantes expeditum esse ait *V[illegible] proc. 1. n. 41.* Quare enim hic Judex a Principe datus potest subdelegare? certè quia datus ipse est à Principe: Ergo quatenus datus erit, hactenus poterit sub delegare, non catenus etiam, quatenus

datus erit, hactenus poterit subdelegare, non eatenus etiam, quatenus datus non erit, ne causa beneficii cessante, locus adhuc sit beneficio, contra juris regulam *L. 68 de R. I.* At quin datus non est ad causas in commissione non expressas. E. &c. Attamen concesso, delegatum sibi non commissas causas etiam subdelegare posse, propter *d. L un.* nunc contra *Mænoch. & Muscorn.* exinde posset inferri, sic ipsi quoq; & magis causas Imperii Meri sibi commissas subdelegare licere: Enimvero si *non commissas* potest, utique tanto magis *sibi commissas*, subdelegabit, illud enim est contra naturæ & juris rationem ut quis plus juris ad alium transferre possit, quam ipse habeat *L. 58 de R. I.* hoc vero tantum contra rationem Jcivilis, quæ causarum Meri Imperii sub delegationem inhibuit *L 1. de offic. ejus.* Quare, qui *illud* speciale in delegato nostro agnoscunt, quomodo non simul *hoc* idem permittent? Sed cum hæc illatio sit *Mænochii Muscorni & Hunnii* sententiæ, quæ etiam nostra est, contraria, ideo huic responsioni nuncius mittendus. Sanè si tamen crude *d. L. un.* velimus accipere, & eam prout verba jacent ac sonant crasse interpretari, responsio isthæc, quæ omnium prima fuit *Jasonis in supra citato loco* aliqualiter sustineri p[illegible] t ast quoniam durum est talem exorbitantem specialitatem in legato Principis defendere, aliis visum fuit rectius, aliter ad *d. L. un.* respondendum esse, & quidem ita (neque enim vel responsio *Donelli d. lo.* qui figulam qui[illegible]onis agnoscit, nullam verò veram exceptionem in [illegible]; vel *Fachinei d. lib. 1. contr.* 47. quod nempe in delegato [illegible] non sit inquirendum an causa sit alienæ Jdictionis [illegible]gat eo quod Princeps, quem ipse in causa sibi mandata [illegible], in [illegible]es Jdictionem habeat quæ tamen quæstio in [illegible] delegatis maxime attendatur, placere possunt, siquidem [illegible] ipse con[illegible]extus *d. L. un.* satis respuit & r[illegible]fellit) ut *d. L. un.* ad [illegible] causarum civilium commodissimè referamus, & [illegible] causas delegabiles natura sua: Nimirum, Imp. in *d. L. un.* coo[illegible] judices ordinarios & Principis delegatos: Illi tantum [illegible] causas delegare, quæ ad ipsorum Jdictionem pertinent; Hi verò indistinctè causas sibi commissas omnes possint. *nullo personarum [illegible] habito tractatu*: hoc est, possunt delegati Principis etiam eas *causas [illegible]* subdelegare, quæ alias apud certos & singulares judices exp[illegible]ndæ fuissent, & quidem *personis* etiam iisdem eas subdelegare, quæ alias absque subdelegatione, licet aliarum causarum judices esse

possint,

possint, ipsis competere non potuissent: Sive igitur causæ ipsæ ordinarios judices regulariter desiderent, sive ipsæ personæ, quarum hæ causæ sunt, talem judicem subdelegatum aliàs respuant; nulla tamen personarum harum causarumve habita consideratione, de legati Principis in quavis (civili & delegabili tamen, hactenus siquidem tantum est comparatio) causa, [illegible] etiam subdelegare possunt, quæ tamen consideratio maximè in ordinariis judicibus observari debet. Atque ea est in *d. L. un.* inter hosce judices tradita differentia; non ita quæ in *d. L. un.* quoad [illegible] *fit collatio*, quas ordinarius causas delegare debeat quæ ad Jdictionem ejus pertineant; Et ergo delegatus principis possit etiam [illegible], quæ non ad ejus Jdictionem pertineant; sed fit collatio quoad *causas & personas*, quæ delegatur & quibus delegatur. Scilicet ut *hi* possit quibusvis personis causas omnes (terminis tamen habilibus semper præsuppositis, hoc est, dummodo civiles & sibi causæ sint commissæ; & personæ etiam subjecta) indistinctè demandare, quod non posse ordinarium jam satis manifestum est, *per d. L. un.* Confer pluribus *[illegible] d. disp. 1. n. 41 inf.* qui & conatur ex *d. L. un.* Principis delegatum alteri Merum Imp. subdelegare non posse, [illegible] nobis videbis.

III.

Ubi actio, quæ super proprietate vel possessione movetur, exerceri possit?

PRoponit hanc quæstionem *Tr. vol. 1. disp. 3. th.* [illegible] mis, quare nos explicatiùs in eam inquiremus. O[illegible] verò circa hanc tres contrariæ sententiæ: *Prima* est *Cujatij in* [illegible] *C ubi de hered. agat.* existimantis actionem talem in loco rei sitæ moveri non posse, nisi ibi reus quoque inveniatur; & ideo, quibus in textibus dicatur, ibi forum esse competens, ubi res est, sic exaudiri vult, *si & ibi reus inveniatur*, quod alias iniquissimum foret, cum ex domicilio suo ad locum rei sitæ, cum dispendio rei familiaris, extrahi. Hoc itaque *Cujacius* sentit, rei vindicationem non tantum posse in loco domicilii intentari, sed quidem etiam in loco rei sitæ, si tamen ibidem locorum reus quoque reperiatur: Quod etiam ante Cujacium *Castrens, & Sicbard. ad L. un. C. ubi in rem actio* referente *Zangero de except p. 2. c. 1. nu. 283.* existimarunt. Verum rectissimè *Cujacium & Cujacianos* refellunt *Vulteius ad L. 1. C. ubi in*

rem actio. n. 20. & *Zanger. d. p* 2. *c.* 1. *n.* 285. & *seqq.* adeo ut ille apposite hic usurpaverit, quod de *Cujacio VVesenbecius* dicere solitus fuit, *Cujacius multa dicere, sed non probare*: neque enim ullus textus est, quo ista sententia probari possit, sicuti neque ullum textum pro se *Cujacius* habuit; quo subauditionem istam doceret, & hujusmodi subauditionum appendiculis admissis, nihil ulpiam certi superesse poterit, atq; tali interpretandi licentia admissa, ex quolibet posset fingi quidlibet, ait fere in simili *Ant. Math. disp.* 8. *th. fin. de sumdam jur. alit. Iac.* quare hic *Cujac.* non ad stipulandum: Unica hæc ratio sufficiens est ad *Cujac.* facile convincendos, quod fori ordine explanatur expressum sententia illa sua invertit Cujacius, quod ostendet tibi ad oculum *Vulteius d. lo. p.* 357. Est quidem quod nos fatemur, domicilium communis omnium actionum instituendarum locus, sed tamen maximè proprius & specialis actioni in personam hic locus est, cæterum in rem actioni maximè proprius & principaliter definitus locus est rei sitæ, ut hæc juridica sit regula: ubi non tam personam & possessorem, quam ipsam rem convenimus, ubi maximè proprium & principale forum est, locus rei sitæ: sed in actionibus realibus res potius ac primario conveniri videtur. *per jura vulgata: V. eleg. Anton Fabr.* 20. *Conj.* 9. Ergo in actionibus istis maximum & efficacissimum forum est locus rei sitæ; unde graviter etiam errare dicimus *Sichardum d. lo. n.* 2 ubi videbis quod ipse sic plus personæ quam rei, etiam in rei vindicationibus, deferat contra certam & constantem juris rationem: custodiatur igitur cum communi Dd. schola hæc sententia, quam etiam, *Vultejo teste. d. n.* 20. praxis hodierna approbavit, quod rei vindicatio in loco ubi res sita est, institui possit, tametsi possessor nec ibi domicilium habeat, nec inveniatur. Contra quam nihil urget supra adductâ Consideratio, quoniam ea ab eventu dependet incerto, unde jura constitui non solent, quin, quod hic inquiratur, quid juris & de jure permittatur, non quid partibus reo actorive utile sit. Vide pluribus *Vultei & Zanger. dd. locis.*

Secunda est *Donelli.* 17. *Comm.* 17. existimantis in rem actionem in loco rei sitæ præcisè movendam esse adeò ut nec possit alibi; quàm sententiam ipse *jure, exemplo, & ratione* niti arbitratur *Iure*: sic probat eam Legibus juris nostri duabus, per *L.* 38. *de judic.* ibi: peti *debet* ubi res est, hoc est, necesse est, per *L. fin. C. ubi in rem actio* ibi: *jubemus* actionem moveri in locis in quibus res est, quod autem jubent Leges facere, necesse

re..e est. *arg. L. 41 § 4. [illegible] procurat. Exemplo* : sic ipse arguit à possessorio ad petitor[illegible]m *arg. L* [illegible] *C. de judic.* ut sicuti actio in rem quæ est de possessione in loco rei sitæ [illegible] debet, ita quoque actio ea, quæ est de propri[illegible]tate rei. Antecedens autem probat *Donellus* similiter duobus juris textibus, per *L. un. C. ubi de possess. ag. oport.* & *L. un. C. ubi de hered. agat. Ratione* : sic [illegible] aliter elusoriam videri posse sententiam de restituenda re alibi [illegible] actione sita. 2. Aliter multis incommodis li[illegible]gatores exponi[illegible] ibidem, ubi res exstet, agatur. 3. In ò in loco domicilii a[illegible]i non po[illegible], quod non persona & possessor, sed ipsa res hic conve[illegible] intelligitur *per supra dicta*. 4. hanc ejus sententiam veteres vindica[illegible] evincere, pro ipso concludit *Hilliger E. D.* 17. *com.* 17. *lit. f.* Quæ [illegible] *Donell.* pro sua sententia argumenta sunt, ab ipso more suo prolixè illustrata & de[illegible]lamata, quibus quidem suo judicio jam sufficienter se respondisse, & communem Dd. sententiam, de qua postea, propugnasse, putavit *Vultei in comm. ad tit. C. ubi de possess. agat n. 42. & ad tit. C. ubi in rem act. n. 6. & seqq.* Sed postmodum *Donelli* enucleator *Hilligerus d. loc. lit. d. & seqq.* ejus sententiam excepit & contra *Vulteium* [illegible] replicavit, adeo ut hinc magis dubia & difficilior [illegible]. Quamvis verò etiam ante *Donellum* quidam alii [illegible], quos refert *Hilliger. d. lit. f.* adeoque non *solus & primus* [illegible] divortium fecerit: sed tamen putavit *Vulteius* [illegible] omnes [illegible] supra dictis istis rationibus [illegible] eam sententiam [illegible] potuerunt; quare breviter subji[illegible]iam, quid [illegible] probabiliter possit. Et quidem *ad d. L. 38. de judic.* [illegible] hoc dicitur, (nam quod hic *Vulteius dd. locis. juris* compositorum [illegible] exagitat, quasi ii jus antiquatum pandectis inseruerint, istucq; *d. L. 38.* referat, dicere non placet, quem eo nomine rectè improbavit *Hilliger. d. lit. h.*) speciale illud esse in re legata, quæ si per in rem actionem putatur, præcisè in loco rei sitæ peti debeat; ratio specialitatis est, nam cum [illegible] obligatio ab herede non ceperit, sufficiet legatario, si heres in eo la[illegible]o ubi res est, offera[illegible] ipsi solutionem reique præstationem, quam ad[illegible]o consequenter [illegible] alibi in rem actione petere, non debebit, si tamen ea actione in loco domicilii, prout regulariter alias fieri potest, de legato agere vellet, heres invitus ibi judicium suscipere haud cogetur. Atqui dixeris posse tamen nihilominus legatarium per personalem actionem

legat[illegible]m exigere, *d. L. 38. pr.* atque ita in loco domicilii heredem etiam conv[illegible]ire, si velit. Sed responderim, equidem id ipsum posse, sed heredem loco domicilii conventum ad locum rei sitæ revocare posse, satisque esse, ibi rei præstationem solutionemque offerre, ut sic hoc casu speciali, petitori legatario locorum vel domicilii vel rei sitæ electio haud permittatur, vel ideo præcipuè, quod heres rem legatam in loco ubi est solvere debeat, *d. l. 38.* quare nec inconveniens est ut eadem ab eodem ibi in rem actione petatur, ubi res est; si itaque res in loco domicilii simul sit, sum quidem etiam ibi per personalem actionem peti poterit, quia & ibidem dari res potest & debet *d. l. 38. pr.* sed si in alio loco res sita fuerit, & ibi per in rem actionem petetur, quoniam & ibidem res solvi debet, & potest, *d. L. 38. in f.* Non ergò legatari[illegible] invitum heredem reali vel personali actione in loco domicil[illegible], ubi scilicet res legata alibi exstiterit cum effectu convenire p[illegible] te[illegible], eo quo[illegible] sicuti dictum, ab eo illa obligatio non ceperit, adeoq; id in re l[illegible]gata sp[illegible]le erit. Ad *d. L. fin. C. ubi rem actio* responderi potest, in verb[illegible] *jubemus* adeo magnum mysterium ponendum non esse, tum quod ea Lex *fin.* sanè explicata fundamentum præbeat tertiæ, quæ nostra est, sententiæ, ut paulò post subjiciemus; tum quod verbum illud *jubere*, non semper imperantis sit, sed in terdum etiam optantis, & idem quod *volo*, ut cum dicimus salvere jubeo. *Vide Cujac. 11. O. 25.* tum denique, quod *jubere* in Legibus aliquando significet, *Permittere*, ut *in L 3. pr.* [illegible] *ff de term. mot* esse jubet; hoc est, vorio ad petitorium, hoc [illegible] vertit. Quod vero [illegible]*onellus* arguit à possessorio ad petitorium, hoc [illegible] & re[illegible], *Vulteius ad d. l. un. C. ubi de poss.* [illegible] *n. 42.* [illegible] eorum actione in rem de pos[illegible] [illegible], etiamsi res in alius judicis territorio [illegible] quod ipse *Vulteius* tot locis probari dicit, nimirum loco domicilii actionem super possessione tenere, quod pr[illegible]batur domicilium cuique tribuere forum competens & rei forum sequi actorem, de quacunque etiam actione sit quæstio, uti disertè rescri[illegible]serunt *Impp in L. fin. C ubi in rem actio. V. ipsum d. loc. u. 48. p mihi 260. in f.* Et ergo etiam de proprietate eodem in loco agi possit. Ad objectas Leges *d. l. un. C. ubi possess. agi oport. & L un. C. ubi de hered agat.* respondet *Vulteius d. l. un. 46.* scilicet discernendum esse locum ejusq; actionis proprium & specialem ab adventitio & communi; In illo quidem ita agi oportere, ut adventitii tamē non excludantur, si ita ferat occasio, & inde tantum Imp[illegible]

in *dd.*

in *dd. LL.* definire locum proprium, eum que principaliter monstrare, ut interim non denegent alterum, qui & eidem actioni communis locus esse possit, &c. Quomodo etsi in actione reali locus rei sitæ forum proprium & speciale sit, *dd. LL* tamen etiam quandoque domicilii locus competens esse poterit *d. L. fin. C. ubi in rem act.* nimirum nisi occasio, ut actor hunc magis locum eligeret, ita ferret. Quæ responsio licet *Hiligero d. loc. lit. e.* [illegible] non [illegible], eò quod illa regula: Actor Rei forum sequi debet, in favorem Rei constituta sit, non odium, adeoque Reo magis favendum; & per consequens cum in act: reali forum Rei locus rei sitæ sit, actori electionem loci domicilii haud concedendam esse; attamen [illegible] potest; tum quod hic de judicii præparatoriis agatur, de quibus vulgata regula est, quod in iis actores favorabiliores sint, eo quod Rei semper præsumantur detrectare judicium, unde a Justin. sæpè *fugientes*, appellantur, *L. 13. §. 2. ibi Gotofr. lit. S. C. de judic.* tum quod nec ita ullo odio aut incommodo gravetur Reus, ut adeò ipse conqueri non possit, cum commodius litiget in domicilio, *V. Ant. Fabr. d. lib. 10. Conj. 9. in f.* Et licet aliquo fortè casu Rei interesse potuisset, [illegible] fuisse, commodo tamen hæc fortuita sunt, ex [illegible] non constituuntur *L. 4. de LL.* cum interim negari nequeat, ut [illegible] actoris in re præsenti egisse, qui adeo sibi imputabit, quod [illegible] domicilii elegerit. Et sanè hic simpliciter in *thesi & abstracto* de foro competente disputamus, non quid in applicatione huic vel illi commodius utiliusve esse possit. Caterum ad rationes *Donelli* breviter hoc dici potest, & quidem [illegible] Judices mutuam invicem operam præstare decere & oportere, [illegible] literæ requisitoriæ inventæ sunt, de quibus vide *Gotofr. ad L. 15. §. 1. de re judic. Nov. 17. c. 14. N. 134. c. 5.* Ad 2 jam paulo ante responsum fuit. Ad 3. negari potest hæc consq. in realibus agitur ad rem [illegible] persequimur, Ergo hæ in solo loco rei sitæ moveri debent; quando [illegible] inde tantum hoc infertur, locum [illegible] stum proprium & specialem [illegible] act: realibus, quod in his res maximè spectetur, sed quia etiam in [illegible] persona [illegible] propter rem tantum, spectatur uti dissentiens *Hilliger.* fatetur *d. l. lit. A. in f.* [illegible] quoq; etiam hæ in loco domicilii exerceri possit. Ad 4. dici potest, morem illum vindicandi utrinque in re præsenti, antiquissimo jure obtinuisse, de quo vide *Brisson. lib. 5. de form. pop. rom.* sed cum à juris compilatore Tribon. neglectum præteritumque fuisse.

Imo hoc

imo hoc ipso consequenter sublatum esse, dum quoque actione reali in loco domicilii agi posse receptum fuit, quod adeo jam ostendemus.

Tertia itaque sententia est, eaque etiam *communis* & vera, quæ electionem permittit petitori, an in loco domicilii, an rei sitæ experiri malit. Et quidem ex hactenus dictis constat, nullum de eo dubium esse, quin rei vindicatio in loco, ubi res est, institui possit, prout quoque indubium est, eandem in loco domicilii, si res simul ibidem sit, moveri posse, sed si alius sit locus domicilii, alius rei sitæ dubitatur, an hæc actio in loco domicilii quoque ubi tamen res litigiosa sita non sit, exerceri possit, & quidem ita, ut reus possessor in eo conventus ad locum rei sitæ revocandi potestatem non habeat? Et eam ibi exerceri posse cum *communi* respondemus, quam latè, uti suprà diximus, *Vulteius ad d. tit.* defendit nosque cum ipso. Et quamvis rationes multæ numero pro hac sententia non adduci possint, sufficiet tamen unicus textus *L. ult. C. ubi in rem actio*, in cujus *prin.* satis manifestò, dicitur, actorem, sive velit in rem, sive in personam, agere, debere sequi Rei forum. Forum verò Rei hic & semper in dubio locum domicilii significat *arg. l. 2. C de Idict.* quod & ideo ipse dissentiens *Donell. d. c.* 17. largiri nolens volens debuit. Potest itaque in loco domicilii actio in rem moveri *d. l. fin. in pr.* sed & in loco rei sitæ, quod ipsum aperte dicitur in *d. l. fin. post. prin* & ex particulis istis *sed & satis* colligitur, quarum natura est connectere & diversa inferre: eoque *in d. l ult.* rei quoque sitæ meminerunt Impp. ut ibi quoque, tanquam in loco proprio & speciali actionem eam moveri posse intelligeremus: Quare in simul loco in *d. l fin.* dicitur. Potest quidem actio in rem in foro Rei hoc est loco domicilii moveri, *in pr.* sed quia domicilium *commune* locus est etiam aliarum actionum instituendarum, & tamen quævis actio, proinde & in rem, proprium & speciale forum habeat, ideo Impp. subjiciunt admonentque, *Sed & in loco rei* sitæ tanquam loco proprio, in rem agi debere. *in fin.* Atque hæc hactenus constans & clara fuit *d. l. fin.* interpretatio; Dissentientes verò variè eam suis meditationibus obscurarunt. *Donellus* quidem contortè nimis respondet, & particulas *sed &* cum verbo *jubemus* conjungit, ut implicent plura non loca, sed jussa, quasi Impp. *primò* jubeant, actorem rei forum sive domicilium & in rem actionem sequi, sed ita, dummodo si in rem agatur etiam in loco domicilii res constitutæ sint. *d. l fin. in pr. c.* quod si res alibi fuerint, tum *secundò* in loco rei sitæ jubeant actionem

istam

istam moveri, *d. l. fin. in f.* Verùm hæc dura & ut dixi contorta nimis expositio est, quam satis refellunt d. partic. *sed &* : quæ non ad verbum remotius : *jubemus* : sed ad proximè subsequentia referri debent, ita ut plura loca includantur, in quibus agendi potestas sit : &c. *V. Vultei. d. loc. ad tit. C. ubi in rem act. n.* 10. Et insuper isthæc limitatio, tum quidem in loco domicilii etiam in rem actionem moveri posse, sed si ibi quoq; res sit; generalitati textus *d. l. fin.* repugnat, & alias minimè dubium, tali casu domicilium Rei forum competens esse, ut proinde speciali jussu opus haud fuerit. Quæ advertens *Hilligerus d. c.* 17. *lit. L.* tutius putavit hic à *Donello* divertere, & *d. l. fin.* aliter & sic explicare; nimirum *in d. l. fin in pr.* hoc ab Impp. dici, quod vulgata regula : actor sequitur forum rei etiam in act. realibus obtineat, inque iisdem non actoris persona, sed rei spectetur, ac proinde, non posse Reum etiam in hisce act. ab actore ad forum suum trahi: Sed in *d. l. fin. in fin.* definiri quodnam g. sit forum rei in act. realibus quod actor in iis sequi debeat. Sed etsi hæc speciosa & plausibilis sit interpretatio, ei tamen seqq. opponi possunt. 1. Quod ita ex *d. l. fin. pr.* verbis prout jacent : *sive in rem, sive in personam* : magis videri posset, Impp. præsupposuisse tamen istam regulam in act. realibus facilius obtinere, cum & ferè semper id in quo minus dubii proponatur, maximè eo loquendi modo, sive in rem, sive etiam in pers. agatur, &c. 2. Quod ita secundum regularem naturam suam particulæ: *sed &* : non interpretentur. 3. Quod ita vocab. *Forum in d. l. fin pr.* non pro loco domicilii accipiendum esse male negetur: cum omnino debeat aliquod forum intelligi, quod utrique actioni, personali & reali commune sit, quando enim Impp. dicunt Forum rei sive in rem sive pers. agatur sequendum esse, utique forum tàm reali quàm pers. actioni commune præsupponunt. Sed aliud id nullum, quam domicilii. Quidam alii *d. l. fin.* sic interpretantur actor rei forum, etsi in rem agat, sequitur *d. l. fin. in pr.* hoc est, potest convenire ipsum dominum possessionis in domicilii sui foro : sed & potest in loco in quo res litigiosa sita est adversus possidentem in rem agere *d. l. fin. in f.* hoc est, detentorem ejus nomine possidentem, ubi res est, convenire E. G. reus possessor habet forum Bremæ : res vero sitæ sunt Mindæ; vel nunc ipse possessor Bremæ ubi degit conveniri potest; vel Mindæ alius qui ibi loco ejus in possessione est, veluti colonus, inquilinus, &c. Quorum interpretatio cum non adeò adversetur nostræ sententiæ (nam permittit liberum do-

 micilii

datus erit, hactenus poterit subdelegare, non eatenus etiam, quatenus datus non erit, ne causa beneficii cessante, locus adhuc sit beneficio, contra juris regulam *L.* 68 *de R. I.* At quin datus non est ad causas in commissione non expressas. L. &c. Attamen concesso, delegatum sibi non commissas causas etiam subdelegare posse, propter *d. L un.* nunc contra *Mœnoch & Muscorn.* exinde posset inferri, sic ipsi quoq; & magis causas Imperii Meri sibi commissas subdelegare licere: Enimvero si *non commissas* potest, utique tanto magis *sibi commissas*, subdelegabit, illud enim est contra naturæ & juris rationem ut quis plus juris ad alium transferre possit, quam ipse habeat *L.* 58. *de R. I.* hoc vero tantum contra rationem Jcivilis, quæ causarum Meri Imperii sub delegationem inhibuit *L* 1. *de offic. ejus.* Quare, qui *illud* speciale in delegato nostro agnoscunt, quomodo non simul *hoc* eidem permittent? Sed cum hæc illatio sit *Mœnochii Muscorni & Hunnii* sententiæ, quæ etiam nostra est, contraria, ideo huic responsioni nuncius mittendus. Sanè si tamen crude *d. L. un.* velimus accipere, & eam prout verba jacent ac sonant crasse interpretari, responsio isthæc, quæ omnium prima fuit *Iasonis in supra citato loco* aliqualiter sustineri posset: ast quoniam durum est talem exorbitantem specialitatem in legato Principis defendere, aliis visum fuit rectius, aliter ad *d. L. un.* respondendum esse, & quidem ita (neque enim vel responsio *Donelli d. lo.* qui figuram quidem orationis agnoscit, nullam verò veram exceptionem in *d.* L. *un.* esse dicit, vel *Fachinæi d. lib.* 1. *contr.* 47. quod nempe in delegato Principis non sit inquirendum an causa sit alienæ Jdictionis quam subdelegat eo quod Princeps, quem ipse in causa sibi mandata repræsentat, in omnes Jdictionem habeat quæ tamen quæstio in aliorum delegatis maxime attenditur; placere possunt, siquidem utramque ipse contextus *d L. un.* satis respuit & refellit) ut *d. L. un.* ad varietatem causarum civilium commodissimè referamus, & ita ad causas delegabiles naturâ suâ: Nimirum, Imp. in *d. L. un.* conferunt invicem judices ordinarios & Principis delegatos: Illi tantum possunt causas delegare, quæ ad ipsorum Jdictionem pertinent; Hi vero indistinctè causas sibi commissas omnes possint. *nullo personarum causarumq; habito tractatu*: hoc est, possunt delegati Principis etiam eas *causas aliis* subdelegare, quæ alias apud certos & singulares judices expediundæ fuissent, & quidem *personis* etiam iisdem eas subdelegare, quæ alias absque subdelegatione, licet aliarum causarum judices esse possunt,

possint, ipsis competere non potuissent: Sive igitur causæ ipsæ ordinarios judices regulariter desiderent, sive ipsæ personæ, quarum hæ causæ sunt, talem judicem subdelegatum aliàs respuant; nulla tamen personarum harum causarumvè habita consideratione, de legati Principis in quavis (civili & delegabili tamen, hactenus siquidem tantum est comparatio) causa, quæmvis etiam subdelegare possunt, quæ tamen consideratio maxime in ordinariis judicibus observari debet. Atque ea est *in d. L. un.* inter hosce judices tradita differentia; non ita quæ in *d. L. un.* quoad *ipsam Jdictionem fit collatio*, quas ordinarius causas delegare debeat quæ ad Jdictionem ejus pertineant; Et ergo delegatus principis possit etiam eas subdelegare, quæ non ad ejus Jdictionem pertineant; sed fit collatio quoad *causas & personas*, quæ delegatur & quibus delegatur. Scilicet ut *hic* possit quibusvis personis causas omnes (terminis tamen habilibus semper præsuppositis, hoc est, dummodo civiles & sibi causæ sint commissæ; & personæ etiam subjecta) indistinctè demandare, quod non posse ordinarium jam satis manifestum est, *per d. L. un.* Confer pluribus *Vmmium d. disp. 1. n. 41 inf.* qui & conatur ex *d. L. un.* Principis delegatum alteri Merum Imp. subdelegare non posse, ostendere, quem suo loco nobis videbis.

IIII.

Ubi actio, quæ super proprietate vel possessione movetur, exerceri possit?

PRoponit hanc quæstionem *Tr. vol. 1. disp. 3. th. 8. lit. g.* sed obscurè nimis, quare nos explicatiùs in eam inquiremus. Occurrunt verò circa hanc tres contrariæ sententiæ: *Prima* est *Cujacii in tit. C. ubi de hered. agat.* existimantis actionem talem in loco rei sitæ moveri non posse, nisi ibi reus quoque inveniatur; & ideo, quibus in textibus dicatur, ibi forum esse competens, ubi res est, sic exaudiri vult, *si & ibi reus inveniatur*, quod alias iniquissimum foret, cum ex domicilio suo ad locum rei sitæ, cum dispendio rei familiaris, extrahi. Hoc itaque *Cujacius* sentit, rei vindicationem non tantum posse in loco domicilii intentari, sed quidem etiam in loco rei sitæ, si tamen ibidem locorum reus quoque reperiatur: Quod etiam ante Cujacium *Castrens. & Sichard. ad L. un. C. ubi in rem actio* referente *Zangero de except. p. 2. c. 1. nu. 283.* existimarunt. Verum rectissimè *Cujacium & Cujacianos* refellunt *Vulteius ad L. 1. C. ubi in*

rem a [illegible] n. 20. & Zanger. d. p. 2. c. 1. n. 285. & seqq. adeo ut ille apposite h[illegible] pa[illegible]erit, quod de *Cujacio VVesenbecius* dicere solitus fuit, *Cujac. sa, multa dicere, sed non probare*: neque enim ullus textus est, qui ista sententia pro[illegible] possit, sicuti neque ullum textum pro se *Cujacius* habuit; quo subauditionem istam doceret, & hujusmodi subauditionum appendiculis admissis, nihil usquam certi superesse poterit, atq; tali interpretandi licentia admissa, ex quolibet posset fingi quidlibet, ait ferè in simili *Ant. Math. disp. 8. th. fin. de fund. am jur. alit. Iac.* quare hic *Cujac.* non ad stipulandum: Unica hæc ratio sufficiens est ad *Cujac.* facile convincendos, quod fori ordinē ex[illegible] natura expressum sententia illa sua invertat Cujacius, quod ostendet [illegible] ad oculum *Vulteus d. lo. p. 357.* Est quidem quod nos fatemur, domicilium communis omnium actionum instituendarum locus, sed tamen maximè proprius & specialis actioni in personam hic locus est, cæterum in rem actioni maximè proprius & principaliter definitus locus est rei sitæ, ut hæc juris [illegible] regula: ubi non tam personam & possessorem, quam ipsam rem convenimus, ubi maximè proprium & principale forum est, locus rei sitæ: sed in actionibus realibus res potius ac primariò conveniri videtur: *per jura vulgata: V. eleg. Anton. Fabr.* 20. *Conj.* 9. Ergo in actionibus istis maximum & efficacissimum forum est locus rei sitæ; unde graviter etiam errare dicimus *Sichardum d. lo. n.* 2 ubi videbis quod ipse sic plus personæ quam rei, etiam in rei vindicationibus, deferat contra certam & constantem juris rationem: custodiatur igitur cum communi Dd. schola hæc sententia, quam etiam, *Vultejo teste. d. n.* 20. praxis hodierna approbavit, quod rei vindicatio in loco ubi res sita est, institui possit, tametsi possessor nec ibi domicilium habeat, ne[illegible] Contra quam nihil urget supra adducta Cujac[illegible], quoniam ea ab eventu dependet incerto, unde jura constitui non solent, quin, quod hic inquiratur, quid juris & de jure permittatur, non quid partibus reo actorive utile sit. Vide pluribus *Vultei & Zanger. dd. locis.*

Secunda est *Donelli.* 17. *Comm.* 17. existimantis in rem actionem in loco rei sitæ præcisè movendam esse adeò ut nec possit alibi; quàm sententiam ipse *jure, exemplo, & ratione* niti arbitratur *Iure*: sic probat eam Legibus juris nostri duabus, per *L. 38. de judic.* ibi: peti *debet* ubi res est, hoc est, necesse est, per *L. fin. C. ubi in rem actio* ibi: *jubemus* actionem moveri in locis in quibus res est, quod autem jubent Leges facere, necesse:

[illegible]e est. *arg. L. 4[illegible]. § 4. de procurat. Exemplo*: ſic ipſe arguit à poſſeſſorio ad petitorium *arg. L. [illegible] C. de jud[illegible].* ut ſicuti actio im rem quæ eſt de poſſeſſione in loco rei ſitæ inſtitui debet, ita quoque actio ea, quæ eſt de proprietate rei. Antecedens autem probat *Donellus* ſimiliter duobus juris textibus, per *L. un. C. ubi de poſſeſſ. ag. oport.* & *L. un. C. ubi de hered. agat. Ratione*: ſic dicit [illegible] aliter eluſoriam videri poſſe ſententiam de reſtituenda re alibi ſub alterius Jurisdictione ſita. 2. Aliter multis incommodis litigatores exponi [illegible] ibidem, ubi res exſtet, agatur. 3. In ò in loco domicilii agi non poſſe, quod non perſona & poſſeſſor, ſed ipſa res hic conveniatur [illegible] *per ſupra dicta.* 4. hanc ejus ſententiam veteres vindicationum [illegible], pro ipſo concludit *Hilliger E. D. 17. com. 17. lit. f.* Quæ ferè *Donelli* pro ſua ſententia argumenta ſunt, ab ipſo more ſuo prolixè illuſtrata & declamata, quibus quidem ſuo judicio jam ſufficienter reſpondiſſe, & communem Dd. ſententiam, de qua poſtea, propugnaſſe, putavit *Vulteii in comm. ad tit. C. ubi de poſſeſſ. agat. n. 42. & ad tit. C. ubi in rem act. n. 6. & ſeqq.* Sed poſtmodum *Donelli* enucleator *Hilligerus d. loc. lit. d. & ſeqq.* ejus ſententiam excepit & contra *Vulteium* [illegible] explicavit, adeo ut hinc magis dubia & difficilior jam [illegible]. Quamvis verò etiam ante *Donellum* quidam [illegible], quos refert *Hilliger. d. lit. f.* adeoque non *ſolus & primus* [illegible] omnibus divortium fecerit: quod tamen putavit *Vulteius in* [illegible] tamen omnes ſupra dictis iſtis rationibus mihi eam ſententiam [illegible] potuerunt; quare breviter ſubjiciam, quid [illegible] reſponderi probabiliter poſſit. Et quidem *ad d. L. 38. de judic.* [illegible] hoc dicitur, (nam quod hic *Vulteius dd. locis. juris* compoſitorum in curiam exagitat, quaſi ii jus antiquatum pandectis inſeruerint; iſtucq; *d. L. 38.* referat, dicere non placet, quem eo nomine rectè improbavit *Hilliger d. lo. lit. h.*) ſpeciale illud eſſe in re legata, quæ ſi per in rem actionem putatur præciſè in loco rei ſitæ peti debeat; ratio ſpecialitatis eſt, nam cum illa obligatio ab herede non ceperit, ſufficiet legatario, ſi heres in eo loco ubi res eſt, offerat ipſi ſolutionem reique præſtationem, quam adeo conſequenter ipſe alibi in rem actione petere, non debebit, ſi tamen eâ actione in loco domicilii, prout regulariter alias fieri poteſt, de legato agere fellet, heres invitus ibi judicium ſuſcipere haud cogetur. Atqui dixeris poſſe tamen nihilominus legatarium per perſonalem actionem

legatum exigere, *d. L.38 pr.* atque ita in loco domicilii heredem etiam convenire, si velit. Sed responderim, equidem id ipsum posse, sed heredem loco domicilii conventum ad locum rei sitæ revocare posse, satisque esse, ibi rei præstationem solutionemque offerre, ut sic hoc casu speciali, petitori legatario locorum vel domicilii vel rei sitæ electio haud permittatur, vel ideo præcipuè, quod heres rem legatam in loco ubi est solvere debeat, *d. l. 38.* quare nec inconveniens est ut eadem ab eodem ibi in rem actione petatur, ubi res est; si itaque res in loco domicilii simul sit, sum quidem etiam ibi per personalem actionem peti poterit, quia & ibidem dari res potest & debet *d. l. 38. pr.* sed si in alio loco res sita fuerit, & ibi per in rem actionem petetur, quoniam & ibidem res solvi debet, & potest, *d. L. 38. in f.* Non ergò legatarius invitum heredem reali vel personali actione in loco domicilii, ubi scilicet res legata alibi exstiterit cum effectu convenire poterit, eo quod sicuti dictum, ab eo illa obligatio non ceperit, adeoq; id in re legata speciale erit. Ad *d. L. fin. C. ubi rem actio* responderi potest, in verbo *jubemus* adeo magnum mysterium ponendum non esse, tum quod ea Lex *fin.* sanè explicata fundamentum præbeat tertiæ, quæ nostra est, sententiæ, ut paulò post subjiciemus; tum quod verbum illud *jubere*, non semper imperantis sit, sed interdum etiam optantis, & idem quod *volo*, ut cum dicimus salvere jubeo. *Vide Cujac.* 11. *O.* 25. tum denique, quod *jubere* in Legibus aliquando significet, *Permittere*, ut *in L. 3. pr. ibi. ff. de term. mot.* esse jubet: hoc est, vorio ad petitorium, hoc in vertit. Quod vero *Donellus* arguit à possessorio ad petitorium, hoc in vertit & retorquet. *Vulteius ad d. l. un. C. ubi de poss. ff agi oport. n. 42. & seqq.* quod imo etiam actione in rem de possessione agi possit in loco domicilii, etiamsi res in alius judicis territorio sit constituta, quod ipse *Vulteius* tot locis probari dicit, nimirum loco domicilii actionem super possessione tenere, quod probatur domicilium cuique tribuere forum competens & rei forum sequi actorem, de quacunque re formalis sit quæstio, uti disertè rescripserunt *Impp in L. fin. C. ubi in rem actio. V. ipsum d. loc. n. 48. p mihi 260. in f.* Et ergo etiam de proprietate eodem in loco agi possit. Ad objectas Leges *d. l. un. C. ubi p. poss. agi oport. & L un. C. ubi de hered agat.* respondet *Vulteius d. L un. 46.* scilicet discernendum esse locum ejusq; actionis proprium & specialem ab adventitio & communi; In illo quidem ita agi oportere, ut adventitii tamē non excludantur, si ita ferat occasio, & inde tantum Impp

in *d.*

in *dd. LL.* definire locum proprium, eum que principaliter monstrare, ut interim non denegent alterum, qui & eidem actioni communis locus esse posset, &c. Quomodo etsi in actione reali locus rei sitæ forum proprium & speciale sit, *dd. LL* tamen etiam quandoque domicilii locus competens esse poterit *d. L. fin. C. ubi in rem act.* nimirum nisi occasio, ut actor hunc magis [illegible] eligeret, ita ferret. Quæ responsio licet *Hi[illegible]gero d. loc. lit. e.* [illegible] on [illegible] iar, eò quod illa regula: Actor Rei forum sequi debet; in favorem Rei constituta sit, non odium, adeoque Reo m[illegible]gis fav[illegible] & per consequens cum in act: reali forum Rei locus rei sitæ sit, actori electionem loci domicilii haud concedendam esse, attamen [illegible] tum quod hic de judicii præparatoriis agatur, de quibus [illegible] regula est, quod in iis actores favorabiliores sint, eo quod Rei semper præsumantur detrectare judicium, unde à Justin: sæpè *fugientes*, appellantur; *L. 13. §. [illegible] ibi Gotofr. lit. S. C. de judic.* tum quod nec ita ullo odio aut incommodo gravetur Reus, ut adeò ipse conqueri non possit, cum commodius litiget in domicilio, *V. An Fabr. d. lib. 20. Com.* [illegible] Et licet aliquo fortè casu Rei interesse potuisset, po[illegible] fuisse, commodo tamen hæc fortuita sunt, ex [illegible] *L. 4. de LL.* cum interim negari nequeat, ut [illegible] maximè [illegible]ctoris in re præsenti egisse, qui adeo sibi imputa[illegible] elegerit. Et sanè hic simpliciter in *th[illegible] & abstracto* de [illegible] putamus, non quid in applicatione huic vel illi co[illegible]modius [illegible] Cæterum ad rationes *Donelli* breviter hoc dici potest, [illegible] judices mutuam invicem operam præstare decer[illegible] & oportere, [illegible] literæ requisitoriæ inventæ sunt, de quibus vide *Gotofr. ad L. 15. § 1. de re judic. Nov. 17. c. 14. N. 134. c. 5* Ad 2 jam paulo ante responsum [illegible]. Ad 3. negari potest hæc conseq. in realibus agitur ad rem [illegible], persequimur, Ergo hæ in solo loco rei sitæ moveri deben[illegible] [illegible] tantum hoc infertur, locum istum proprium & specialem [illegible] act: realibus, quod in his res maximè spectetur, sed quia etiam in iisdem personæ, licet propter rem tantum, spectatur uti dissentiens *H[illegible]liger* fatetur *d. l. lit.* [illegible] quoq; etiam hæ in loco domicilii [illegible]xerceri possit: Ad 4. dici potest, morem illum vindicandi utrinque in re præsenti, antiquissimo jure obtinuisse, de quo vide *Brisson. lib. 5. de form pop. rom.* sed eum à juris compilatore Tribon. neglectum præterit[illegible]que fu[illegible]

Imo hoc

imo hoc ipso consequenter sublatum esse, dum quoque actione reali in loco domicilii agi posse receptum fuit, quod adeo jam ostendemus.

Tertia itaque sententia est, eaque etiam *communis* & vera, quæ electionem permittit petitori, an in loco domicilii, an rei sitæ experiri malit. Et quidem ex hactenus dictis constat, nullum de eo dubium esse, quin rei vindicatio in loco, ubi res est, institui possit, prout quoque indubium est, eandem in loco domicilii, si res simul ibidem sit, moveri posse, sed si alius sit locus domicilii, alius rei sitæ dubitatur, an hæc actio in loco domicilii quoque ubi tamen res litigiosa sita non sit, exerceri possit, & quidem ita, ut reus possessor in eo conventus ad locum rei sitæ revocandi potestatem non habeat? Et eam ibi exerceri posse cum *communi* respondemus, quam latè, uti suprá diximus, *Vulteius ad d. tit.* defendit nosque cum ipso. Et quamvis rationes multæ numero pro hac sententia non adduci possint, sufficiet tamen unicus textus *L. ult. C. ubi in rem actio*, in cujus *prin.* satis manifestò, dicitur, actorem, sive velit in rem, sive in personam, agere, debere sequi Rei forum. Forum verò Rei hic & semper in dubio locum domicilii significat *arg. l. 2. C. de Idict.* quod & ideo ipse dissentiens *Don[illegible] d. c.* 17. largiri nolens volens debuit. Potest itaque in loco domicilii actio in rem moveri *d. l. fin. in pr.* sed & in loco rei sitæ, quod ipsum aperte dicitur in *d. l. fin. post. prin* & ex particulis istis *sed & satis* colligitur, quarum natura est connectere & diversa inferre; eoque *in d. l. ult.* rei quoque sitæ meminerunt Impp. ut ibi quoque, tanquam in loco proprio & speciali actionem eam moveri posse intelligeremus: Quæ in [illegible] hoc in *d. l. fin.* dicitur. Potest quidem actio in rem [illegible] foro [illegible] hoc est loco domicilii moveri, *in pr.* sed quia domi[illegible] us est etiam aliarum actionum instituendarum, & tamen [illegible] actio, proinde & in rem, proprium & speciale forum habeat, ideo Impp. subjiciunt admonentque, *Sed & in loco rei sitæ tanquam loco proprio, in rem agi debere. in fin.* Atque hæc hactenus constans & clara fuit *d. l. fin.* interpretatio: Dissentientes verò variè eam suis meditationibus obscurarunt. *Donellus* quidem contortè nimis respondet, & particulas *sed &* cum verbo *jubemus* conjungit, ut implicent plura non loca, sed jussa, quasi Impp. *primò* jubeant, actorem rei forum sive domicilium & in rem actionem sequi, sed ita, dummodo si in rem agatur etiam in loco domicilii res constitutæ sint, *d. l. fin. in princ.* quod si res alibi fuerint, tum *secundò* in loco rei sitæ jubeant actionem

istam

istam moveri. *d. l. fin. in f.* Verùm hæc dura & ut dixi contorta nimis expositio est, quam satis refellunt d. partic. *sed &*: quæ non ad verbum remotius: *jubemus*: sed ad proximè subsequentia referri debent, ita ut plura loca includantur, in quibus agendi potestas sit: &c. *V. Vultei. d. loc. ad tit. C. ubi in rem act. n.* 10. Et insuper isthæc limitatio, tum quidem in loco domicilii etiam in rem actionem moveri posse, sed si ibi quoq; res sit; generalitati textus *d. l. fin.* repugnat, & alias minimè dubium, tali casu domicilium Rei forum competens esse, ut proinde speciali jussu opus haud fuerit. Quæ advertens *Hilligerus d. c.* 17. *lit. L.* tutius putavit hic à *Donello* divertere, & *d. l. fin.* aliter & sic explicare; nimirum *in d. l. fin in pr.* hoc ab Impp. dici, quod vulgata regula: actor sequitur forum rei etiam in act. realibus obtineat, inque iisdem non actoris persona, sed rei spectetur, ac proinde, non posse Reum etiam in hisce act. ab actore ad forum suum trahi: Sed in *d. l. fin. in fin.* definiri quodnam g. sit forum re[illegible] act. realibus quod actor in iis sequi debeat. Sed etsi hæc speciosa & pl[illegible]is sit interpretatio, ei tamen seqq. opponi possunt. 1. Quod ita ex *d. l. fin. pr.* verbis prout jacent: *sive in rem, sive in personam*: magis videri posset, Impp. præsupposuisse tamen istam regulam in act. realibus facilius obtinere, cum & ferè semper id in quo minus dubii proponatur, maximè eo loquendi modo, sive in rem, sive etiam in perss. agatur, &c. 2. Quod ita secundum regularem naturam suam particulæ: *sed &*: non interpretentur. 3. Quod ita vocab. *Forum in d. l. fin pr.* non pro loco domicilii accipiendum esse male negetur: cum omnino debeat aliquod forum intelligi, quod utrique actioni, personali & reali commune sit, quando enim Impp. dicunt Forum rei sive in rem sive perss. agatur sequendum esse, utique forum tàm reali quàm pers. actioni commune præsupponunt. Sed aliud id nullum, quam domicilii. Quidam alii *d. l. fin.* sic interpretantur actor rei forum, etsi in rem agat, sequitur *d. l. fin. in pr.* hoc est, potest convenire ipsum dominum possessionis in domicilii sui foro: sed & potest in loco in quo res litigiosa sita est adversus possidentem in rem agere *d. l. fin. in f.* hoc est, detentorem ejus nomine possidentem, ubi res est, convenire E. G. reus possessor habet forum Bremæ: res vero sitæ sunt Mindæ; vel nunc ipse possessor Bremæ ubi degit conveniri potest; vel Mindæ alius qui ibi loco ejus in possessione est, veluti colonus, inquilinus, &c. Quorum interpretatio cum non adeò adversetur nostræ sententiæ (nam permittit liberum do-

micilii locum etiam in realibus) ea transire potest, & pro iis itaque notabis, distinguere sæpe jus nostrum, inter *possidere*, & *esse in possessione*; *l. 10. §. 1. de acquir. poss. l. 9. de rei vind.* Concludere volebam, sed hoc addendum putavi: Ex hac præposita interpretatione explicari & adjuvari posset sententia *Cujacii*, de qua suprà: Nimirum ipse concedit rei vindicatione etiam agi posse contra ipsum dominum in loco domicilii, propter dictam *l. ult. in prin.* Sed negat in loco rei sitæ contra eundem eandem institui posse, si ipse dominus ibi non degat (vel ut *Cujacius* loquitur si ibi reus non inveniatur) Quod si jam *Cujacius* id ideò negasset, quia tum eo casu, ubi ipse dominus in loco rei sitæ non degit, instituenda sit hæc actio adversus eum, qui loco domini in possessione est; propter *d. l. fin. in fin.* tolerabilior ejus sententia foret. Sed nescio tamen an non istorum interpretationi verba, *d. l. fin.* ibi *adversus possidentem* obstent; siquidem *possidere* dicuntur ipsi domini, cæteri alii *in possessione esse d. l. 10. §. 1.* cum itaque *d. l. fin.* dicat actionem adversus *possi*[dentem] esse movendam & verba sint in potentiori significatu accipienda, [con]cludi potest maximè contra ipsum dominum in loco rei sitæ, licet ibidem non degat, sive inveniatur, (quippe indistinctè Impp. in *d. l. fin.* hoc rescribunt *V. Zanger. d. loc.*) actionem in rem moveri debere, sed ita tamen ut etiam possit in loco domicilii rei, si ita actori visum fuerit, quod erat concludendum.

V.

An infamia dividatur rectè in infamiam juris & facti?

HActenus *communiter* Interpp. infamiæ duas species constituere; unam, quam vocarunt infamiam facti; alteram, quam vocarunt juris: Ita *Duaren. 1. disp. 42. Freher. lib. 3. de infam. c. 1. & 2. Hilliger. D. E. 18. c. 6. lit. I.* ubi plures ipse allegat, quos omnes cum *Tr. disp. 8. th. 4. vol. 1.* sequitur judiciosiss. *Bachov. in not. ibid.* Sed interpp. hosce errare disertissimus *Donell. 18. com. 6.* multis ostendere voluit, quem postea subsecuti sunt *Niel. disp. feud. 1. th. 6. lit. d. Ant. Math. defund juredisp. 7. th. 16. & bonus Hunn ad Tr. d. loc.* Sanè licet nomina hæc verbis legum apertè prodita non sint, attamen, quicquid etiam *Donello* aliisque videatur, ipsam rem & divisionem hanc textus juris suppeditant, quos infrà citabimus: neque

neque verò nostris JCtis subtiliores esse debemus, vel aliàs næ intelligendo faciemus, ut nihil intelligamus. Infamia itaque duplex est, juris videlicet & facti. Infamia *in genere* est læsæ dignitatis status, legibus vel moribus improbatus *arg. l. 5. §. 1. de extra ord. cognit. Cardin. Tuschus. t. 4. pract. conclus.* 107. verbum *Legibus* ad juris, verbum *Moribus* ad facti infamiam refert optime *Zasius in r. de his qui not. inf. n.* 1. Infamia juris igitur dicitur illa, quæ irrogatur delinquenti secundam Leges Civiles, vel ipso jure; Facti verò est illa, quæ resultat ex improbatis moribus, *V. Tusch. d. concl.* 107. ubi dicit illam infamiam repellere à testimonio, hanc quidem non repellere, sed tamen diminuere de fide. Quomodo licet facti infamia non eosdem, quos vera juris infamia, effectus habeat, inde tamen hoc tantum sequitur, juris infamiam damnatis gravius adferre damnum ut nihilominus præter infamiam illam veram, sit & detur aliqua levior macula, quæ suis tamen incommodis non vacet. *arg. Card. Tuschi. d. t. pract. concl.* 114. ubi ampliando dicit infamem etiam infamia facti non promoveri ad beneficia *per c. inter. dilectos ex de excess prælat.* Unde pro hac infamiæ divisione sic. 1. argumentari potest. Ex effectibus arguitur ipsa res: Cum itaque leges nostræ suos effectus etiam facti infamiâ laborantibus attribuant, veluti quod nec his portæ dignitatum pateant, *l. 2. C. de dignit.* consequitur quandam infamiam facti dari. Quod verò in *d. l.* 2. per *notatos* intelligantur infamiâ facti aspersi, ostendit *Freher, d. lib. 3. c. 25. nu.* 2. & vel hinc confirmari potest, quòd notati isti dicantur, qui à censoribus ignominiis adnotati sunt, sicuti *ad d. l. 2.* ex *Cuiacio* monuit *Gotofredus*: Jam verò notæ censorum non afferebant infamiam, sed onerabant tantum pudorem; nihilque ferè damnato inferebant præter ruborem: *V. Bachov. ad Tr. d. loc.* Et ergò in *d. l. 2.* per *notatos* non possunt intelligi vera infamiâ, sed tantum facti infamiâ laborantes, quippe horum pudor exinde sinistra honestorum virorum opinione gravatur, adeoque rubore confunduntur; Sed inquit *Hunnius d. loc. in resp. ad arg.* 1. infamia facti notatos non arceri ab honoribus, per *l. 12. de decur.* Et ergò per *notatos in d. l 2.* non posse hosce, sed tantum eos, qui juris infamia laborant, intelligi, quippe quibus solis portæ dignitatum haud patent. *d. l. 2.* Verum hanc explicationem refellit, tam antedicta ratio, quod, qui animadversione Censorum notati sunt, verè infames haud sint, quam etiam hæc, quod in *d. l. 2.* notati à famosis, hoc est, verè infamibus *arg. l. 6. §. 5. de his qui not. §. 6. I. de sup.*

tur. sejugantur; Et ergò de utriusque infamibus *d. l. 2.* loquitur. Neque obstat *d. l. 12.* tum, quod dicat viles personas non nisi in subsidium admitti ad honores gerendos; tum quod inhonestum tamen putet esse hujusmodi personas in ordinem recipi. (quæ de integræ & illæsæ famæ hominibus dici non possunt) tum quod de tali publico munere loquatur, quod cum honore simul etiam onus sit; tum denique, quod ex utilitate curiæ sit, semper ordinem plenum habere, *l. 3. §. 1. ff. d. detur.* quæ specialis ratio est, quare indefectum virorum honestorum personæ ignominiosæ ad decurionatum admittantur.

2. Sic potest argumentari, ex *d. l. 5. §. 2. de extraord. cognit.* ex hoc enim constat, infamiam esse quamcunq; existimationis nostræ minutionem: Quotquot igitur modis existimatio nostra minui potest, totidem erunt infamiæ species: sed ea & *juris auctoritate*, & *hominum opinione* minui potest sicuti dissentiens ipse *Donellus d. lo.* concedit, ubi quod JCtus in *d. l. 5. §. 2.* scribit, istis factis, V. G. relegatione, ictu fustium, motione ordinis, minui existimationem, sic accipiendum esse dicit, ut scilicet minuatur tantum hominum opinione, Et ergò præter juris infamiam, adhuc aliam infamiam dari consequitur, sive jam eam facti, sive alio nomine libeat apellare. Ad hoc argumentum, *Hunnius d. loc. in resp. ad arg.* 2. jejunè valde respondet; & quod ille dicit aliter infamiam definiri oportere veluti quod sit privatio quædam famæ; ad hoc replicari potest, 1. Hanc magis notationem nominis, quam veram definitionem esse, 2. Propriè loquendo infamiam ipsam privationem famæ non esse, sed qualitatem notam & maculam quandam, 3. Imò infamiam potius diminutionem quam privationem dici debere, quod fama non planè perdatur, cum eam quis retineat, sed læsam & inquinatam. *V. Freher. d. c. 1. num. 2. & ex eo Hillig. d. loc. lit.* E. & 4. facit omnino contrà *Hunnium d. l. 5. §. 2.* in pr. ibi: *minuitur existimatio*: juncto vers. fin. *infamiæ causa* ex quo satis probatur, infamiam quandam esse famæ minutionem: Ut proinde falsus iterum sit *Hunnius vers. neq. ad rem multum*: tum quod ait omnem infamiam esse famæ consumptionem, tum quod negat ex edicto perpetuo fieri verè infames, confer *Donellum d. loc.* ubi ipse relegatos, ordine motos, fustibus cæsos, separat ab iis qui ex edicto perpetuo infames, quod & fecit *JCtus in d. l. 5. §. 2.* illis dicit minui existimationem opinione hominum; his autem juris animadversione *d. §. 2.* Sanè infamiæ definitio ab ipsomet *Donello d. lo.* tradita, quod scilicet sit exi-

fit existimationis ob turpitudinem aliquam vitæ contractum damnum, etiam huic facti ignominiæ competere potest, nam hæc ex improbatis & turpibus moribus contrahitur: Quorum igitur existimatio minuitur opinione hominum, possunt dici *personæ inhonestæ*, quorum verò juris censurâ, dicuntur *homines infames*: Sic in *l.* 4. C. *d. spectat.* agitatores dicuntur inhonesti; qui tamen in *l.* 4. *de his qui not. in f.* negantur esse infames: quod 3. argumenti loco benè usurpari ac numerari potest, tametsi non sim nescius *Freberum de infam. c.* 18. *num.* 30. agitatores pro vere infamibus habere; & ideo *Cujac in* C. *ad. d. l.* 4. *de spect.* antinomiam agnoscere. 4. argumentum desumimus ex *l.* 2. *ff. de obseq.* quæ duplicem infamiam satis manifestò ostendit, ibi: *verbis edicti*: & ibi: *re tamen ipsa & opinionem hominum* quæ infamia verbis edicti notatur ea juris dicitur, quæ re ipsa, facti. *Hunnius* ad hoc argumentum ex *Niellio d. l.* respondet, casum *d. l.* 2. esse specialem & ideo regulam generalem exindè non extruendam; Verum dicere hoc illud aut aliud esse speciale, refugium miserorum est, nisi urgens specialitatis ratio detur. Et sunt præter *d. l.* 2. insuper textus multi alii, qui hanc divisionem ostendunt & confirmant, (quod. 5. argumentum esse potest) veluti *l.* 13. C. *ex quib. caus. inf. irrog. junct. l.* 3. *pr. de lib. & posth. l.* 20. *ff. de his qui not. inf. l.* 27. C. *de inoff. testam.* quos omnes allegat *Hoenon. disp.* 23. *qu.* 17. quæ vero in textibus hisce specialitas, aut specialitatis dari potest ratio?

Hisce igitur argumentis sic præmissis, videamus quare *Donellus* & alii dissentiant à Eloquentiss. *Donellus d. lo.* Interpretes alios errare sic ostendere voluit. Si hæ infamiæ species sunt, etiam illa Facti erit infamia. At illam omnes Leges infamiam esse disertè negant. *l.* 22. *de his qui not. inf.* 13. 14. 19. C. *ex quib. caus. inf. irrog. l.* 27. C. *de inoff. testam. l.* 12. *de decur. &c.* Ergo non est hæc infamiæ species. Hoc argumentum recoquit *Hun. d. lo.* & unum illud valde liberaliter in plura partitur. Ad quæ simul & semel responderi potest: In omnibus istis textibus fieri oppositionem specierum, & infamiam quæ irrogatur ipso jure ratione tantum effectuum secerni ab hac, quæ re ipsa sive judicio hominum. Verum ita manifeste principium peti, replicat *Hunnius vers. quod si dissentientes.* ast non bene, quoniam quod in quæstione fuit primum argumentis satis certis docuimus & evicimus; & ergo rectè jam ita respondemus, in *dd. ll.* leviorem notam ac maculam infamiæ veræ opponi, illamque facti scilicet, quod non eosdem, quos vera juris infamia, ef[fe]ctus habeat, eo

solum-

solum respectu infamiam esse negari: Quia tamen & hujus levioris notæ ac maculæ quidem certi effectus sunt. *arg. d. l. 27. C. de inoff. test. d. l. 11. de decur.* vel ipso etiam *Donello teste d. c. 6. circa finem vers. fateor & turpes personas*: omnino horum effectuum ratione jam dicendum est, præter illam veram infamiam, esse aliquam leviorem, quam infamiam nos ad distinctionem juris infamiæ, rectè Facti appellamus, non tamen ideo, quasi hæc penitus omni juris effectu destituta sit, ut male *Ant. Fab. ad l. 4. §. 4. de his qui not. inf.* qui & ex jam dictis satis redargui potest, sed ex sola facti improbitate, oriatur que ipsa, hoc est, facto ipso contrahatur. *L. 2. de obseq. Freher lib. 3. c. 22. Hillig. d. lit. l.* cum quibus hanc *regulam* trademus: Quicquid bonis moribus adversum & gravium virorum incorrupto judicio [quod notabis contra *Niellium d. l.* qui de rumoribus vulgi, & plebeculæ imperitæ judicio, objicit.] dedecens existimatur, facti infamiam gignit: Ex qua regula de exẽplis judicari convenit: V. G. tali infamia hodie notatos dicerẽ ebriosos, welche täglich im sauß leben / & qui cum illo epulone, sobrii auroram aspicere haud possunt. *Vide eleg. Hillig. d. lit. l. ferè inf.* Ego etiam Coloniæ defendi hac nota inustos eos Welche daselbsten die hültzerne Heucken getragen / von wegen ihres vielen leichtfertigen schweren vnd fluchens. Minimè vero spurii, incestuosi, hac facti infamia laborant, quia hæc ex propria turpitudine & pravis moribus oritur, factum vero illud alienum & quidẽ patris est *c. 5. dist. 65.* ex facto a. alieno neminem famæ labe aspergi juris est. *l. 5. §. 1. ibi ex delicto nostro de extraord. cognit.* Quæ ratio est, quod spuriis in *l. 3. §. 2. de decur.* addita sint hæc epitheta; *& re & vita honesta.* Hæc itaq; de duplici infamia cum ita sanè hactenus nostri interpp. docuerint. & hanc certam interpretationem habuerint, ea minimè mutanda sunt, adeoq; nec aliud à *Dn. Matth.* novum juris fundamentum jaciendum erit.

VI.

An Prætor ipse, nullo judice pedaneo dato, in causis privatis olim potuerit *judicare?*

CLariss. Sc. Gentilis *1. de Idict. 18.* non solitus, inquit, judicare passim Prætor, sed non posse nemo posthac dixerit, cum tot eruditi viri id refutaverint: Donellus quidem *17. com. 21. & Vultei. c. 1. discept. Schol.* potuisse Prætorem judicare, sed non consuevisse defenderunt, quod maximè tribus seqq. rationib. docere voluerunt: 1. quia, alias judicandi potesta-

potestatem ad pedaneos transferre potuisset, si eadem nec ipse habuisset? contrà *l. 4. § fin. de off. procons. l. 54. de R. I. 2*, per *l. 8. & de offic. præs.* in quibus quia dicitur, verbis istis: *adite Præsidem provinciæ*: nō imponi ipsi necessitatē cognoscendi, exinde manifesto colligitur ipsū cognoscere potuisse, *uti ait Bach. vol. 1. disp. 12. th. 3. lit. b. 3.* quod vel in sexcentis juris nostri locis, Magistratus Prætor ve *Iudicis* appellatione insigniatur, quos citatos vide apud *Hillig. D. E. 17 c. 12. lit c.* quæ appellatio potentiam judicandi præsupponit. Verum quicquid *Scipionialiisq.* videatur, non verebimur dicere, contrarium, per *textum l. 2. C. de pedan. jud.* propter quem statuimus, Prætorē sive Magistratū olim *regulariter* judicare nō potuisse, omniumq; ferè causarum cognitionem apud judices pedaneos fuisse, *Vaud. l. q.* 10. quibusdam specialis rerum vel personarum favore exceptis; pro qua sententia urgemus *d. l. 2.* verba: *non possent cognoscere* ad quæ non sapit *Donelli lib. d. 7. c. 21.* explicatio & responsio, nimirum *non potuisse*, sed ob *facti* impedimentum, publicum vè quodvis avocamentum, non vero *juris*, Vulteius quidem *d. lo* eam comprobat, & ait, rarò Magistratus ipsos judicasse, tum quod vacare non potuerint, tum quod majestate suâ inferius duxerint, denique quod noluerint: Ipsi tamen etiam *Sc. Gentil. d. tr. lib. 2. c. 21.* hæc displicent, quæ & *Gotofr. Ant. in disp anti-Vult. 3. th. 19. & seq.* duplici ratione reprobavit, quas & enucleavit *Hillig. D. E. 17. c. 12. lit. d.* Sane rectiùs *Gentil. d. c. 21.* (etsi ipse suorum verborum suprà adductorum *ex d. c. 28* planè oblitus) inquit, olim jure ordinario moreque prohibente judicare prætores *non potuisse*, hocq; ex verbis *d. l. 1. non potuisse*: quæ ad jus & morem, non ad factum referenda sint, manifestum esse: Nobis consentiunt *Costan. 1. qu. 9. Busius ad l. 1. de Idict. n. 8. Duar. 1. disp. 53. Menoch 1. arbitr. q. 1 n. 9.* Ad rationem 1. suprà oppositā potest Responderi vel quod in J Civili absurdū haud sit, posse quē cedere id quod non habeat *arg. l. 63. de usufr.* vel potius distinguî oportere inter potestatē judicandi, & potestatis hujus exercitium; illa quidē Magistratui Prætori ve vi jurisdictionis semper competebat, quamvis hoc regulariter & ordinariè *per se* expedire jure & more prohibebatur: veluti personæ illustres, etsi ipsæ actiones quoq; habeant, attamen per procuratorem tantum exercere possunt. *l. 25. C. de proc.* Ad 2. respondit *Duar. in apol. contra Bar. ubi vide* quinimo *d. l. 8. & 9.* pro nobis sic explicari potest, quod nempe verbū *debeat*, in *dd ll* positum, formā necessitatemq; juris denotet; & E. negociis ad Præsidem à Principe remissis, vel Præside

cognos-

cognoscere *debere*, & non posse judicem dare, si scilicet causa fuerit prætoriæ cognitiones, vel judicem dare *debere*, & cognoscere non posse si scilicet causa sit ordinarii juris *Tim. Fab. 1. annot.* 23. Ad 3. Responderi potest; vel id fieri ratione earum tantum causarum, de quib. cognoscere poterant; *Guibert. & Tim. Fab. dd. ll.* vel respectu solius potestatis judicandi, quam ipsis semper competiisse, antè diximus; vel deniq; intuitu ipsius judicis dationis, per se ipsos namq; fecisse ac judicasse videntur, quod per datos ac pedaneos faciunt *per vulg. juris reg.*

In Jure Publico & Privato,

Partis II.

Periculum II.

Quod subivit

Otto Reineke Buckeburgo Schaumburgicus.

Quæstionum Academicarum

VII.

Pœnam ex populari actione quisnam consequatur?

Sunt ex maleficiis quædam actiones, populares dictæ, quæ dantur cuivis ex populo publici juris tuendi gratia *l. 1. de popul. act.* quarum alias esse civiles, alias criminales, annotat ibidem *Goth. in not. lit. u.* sicuti etiam, quæ sint populares actiones, ab eodem ad *l. fin. ff. eod.* notatum videbis *lit. O.* De hisce actionibus nunc generaliter inquirimus, anne agenti earum pœna tota cedat, an verò fisco inferri debeat, vel num potius inter fiscum & actorem dividenda sit? secundum tria hæc membra, tres etiam reperiuntur Dd. contrariæ sententiæ; *Prima* in uno extremo peccat, quæ regulariter totam pœnam vult esse actoris, quam defendit

Goedd.

Goed. ad l. 11. pr. n. 15. de V. S. & sequuntur *Arum. disp. 18. th. 9. Hunnius ad Tr. disp. 4. th. 9. q. 42. Secunda* in altero extremo, quæ regulariter pœnam totam, jubet fisco inferri, quam defendit *Hilliger. D. E. 19. c. 1. lit. L.* & ante ipsum ex parte probavit *Zasius ad § pœnales j. de act. n. 16. Tertia* media sententia est, quæ regulariter pœnam hanc inter fiscum & actorem dividendam sentit, quam defendunt & sequuntur, *Cujac. 10. O. 10. Petr. Theodoric. in coll crim. disput. 3. thes. 1. lit. H. Treutl d. disp. 4. th 9. lit. B.* Sed omnes hi textus, eos quos suæ sententiæ vident obstare, ita ferè interpretantur, ut in istis exceptionem à regula, quam scilicet ipsi opinionis errore constituerunt, quærant; itaque de *regula* hic maximè inquirendum erit, quâ nimirum certa posita de *exceptionibus* seu limitationibus constabit facillimè, de singulis igitur videndum ordine. Quod verò jam attinet primæ sententiæ regulam: *regulariter totam pœnam esse agentis:* ea probari potest. 1. per *L. 3. pr. de sepulch. viol.* ubi apertè distinguitur, an vindicet is ipse ad quem damnum pertineat, an illo agere nolente, quicunq; alius: & respondetur utroq; casu pœnam agentis esse; sed jam alii, qui contrariam regulam proponunt & pœnam fisco inferri volunt, *ad d. L. 3.* respondent, istum casum quo actione populari privati damni ratione actor experiatur, excipiendũ esse, equidem tum ei quod ipse vindicet & ad ipsum damnum pertineat, violatorem sepulchri condemnari adeoque soli ei pœnam hujus actionis applicari *d. l. 3.* Cæterum si ipse principalis agere nolit, vel nemo sit ad quem damnum pertineat, an tum cuicunque alii agenti etiam pœna tota danda sit, hi casus sunt de quibus quæritur; Et juxta primæ sententiæ regulam adhuc eam totam agenti ad judicare debemus, quod *Hunn.* (cui omnia *luce meridiana clariora*, iis enim verbis utitur sæpissimè effulgent) *d. lo.* ex *d. l. 3.* clare liquere putat, nam ibi actio dicitur *ei dari quicunq; agere volet:* Ergo infert, pœna cedit agenti, & per consequens etiam casibus iis, cum nullum omninò actoris privatum interesse in actione versatur, pœna dabitur agenti. Verum hæc consequentia potest negari: Cuicunq; agere volenti datur 100. aureorum actio *d. l. 3.* E. 100. illi aurei etiam dantur agenti; tum quod hæc actio non ad rem familiarẽ (hoc est, commodum) hujus extranei agentis, sed magis ad ultionem (hoc est, pœnam delinquentium) pertineat. *l. 6. ff. eod.* tum quod in *d. l. 3.* extraneis quibusvis hæc sola actio, dari dicatur, ex qua tamen non intelligi debeant locupletiores *l. 7. § 1. de pop. act.* tum quod extranei cum actore eo ad quem

res & damnum pertineat, exæquari etiam quoad actionis commodum non debeant, *arg. l. 42. in fin. princ. de procurat.* tum denique quod in simili JCtus in *l. 3. pr. de term. moto* ejus quidem actionem ei qui volet, esse jubeat (hoc est, qui velit de termino moto agere possit ut ibi *Gotofr. notat*) & tamen pœnam exista actione in publico dari jubeat. Et ergo ex *d. l. 1. de sep. viol.* colligitur tantùm cuivis agere licere, non ideò tamen ad agentis extranei commodum. Quamvis interim hoc non absurdè ex *d. l. 3.* inferri posse videatur, partem aliquam quasi præmii loco actori tribuendam esse, cum ibi Prætor ad agendum privatos quosq; quasi invitet, dicit enim, *si nemo agere velit*, ne tum hoc casu violatio sepulchri inulta maneat, potius cuicunque actionem dandam esse, unde si dedisset actionem hanc sine titulo, hoc est, sine omni spe præmii alicujus, adhuc facilè contingeret, hocce casu delictum tale manere impunitum, vel ideo, quod & alias publica, quibus lucellum nullum adhæret, negligamus facillimè, ut præbeat magis hæc *d. l. 3.* aliquale argumentum pro tertiæ sententiæ regula. Probatur primæ sententiæ regula. 2. per *l. fin. de litigiosis Vide Hunn. d. lo. in arg. 2.* sed ad *d. l. fin.* responderi potest rectissimè, eam nec de populari actione esse: *Hunnius* quidem id dicit, sed non probat, nec de persequente publicum interesse, sed privatum suum, solius n. agentis ibi interest rem litigiosam non dedicari; de priori autem casu hic disputatur tantum, sicuti anteà dictum fuit. Probatur 3. per l. 12. *de V. S.* quæ dicit eum qui litem contestatus est in pop. actione creditorem esse; si itaq; creditor est, utique etiam reus erit debitor, & per consequens pœna tota jure crediti cedet agenti. Hic jam alii respondent *d. l. 12.* restringendam esse ad eum casum, ubi propter interesse privatum & proprium actio popularis proposita fuit, & quidem ab eo ipso qui læsus & damnum passus erat; sed nescio an benè, tum quod nimis durum generalitatem textus ad hunc solum casum, quo ipse agit cujus interest restringere, tum maximè quod & hic agens quoque ante litis contestationem creditoris loco esse rectè dicatur: Quare magis responderem cum *Hilligero d. lo.* dici quidem etiam extraneum quemvis agentem creditoris loco, non tamen quod litis emolumentum ad ipsum pertineat, sed quia judicium accipiendo quasi contraxerit *L. 3. §. 11 de pecul.* & sic novatione facta obligationem quæ antè litis contestationē totius erat populi, in se solum transtulerit, subtilitate tamen juris magis quam utilitate: Quomodo quidem

dem etiam procurator cum lite contestata dominus litis efficiatur, *l. 11. 22. & 23. C. de procurat.* creditor dici posset, vel maximè cum & fiat novatio *l. fin. C. de usu. rei jud. l. 11. §. 1. l. 29. pr. de novat.* Nihilominus tamen locupletior ideo dici nequit, cum quicquid ex lite consequatur, ad dominum ipsum redeat. *l. 46. §. 4. de proc.* Et hinc etiam ad rationem qua 4. *Goedd.* & ex eo *Hunn. dd. locis* utuntur, responderi potest; scilicet non rectè inde inferri; quia litis contestatione actio popularis innovetur, ejusque dominus solus fiat, qui eam instituit, *dd ll.* & ergo eidem agenti soli pœnam deberi, quoniam & aliàs procuratori, cum & ipse lite contestata adeoque novatione facta, dominus litis efficiatur, commodum litis deberi concludi posset; sed talis conclusio esset contra manifestum textum *d. l. 46. §. 4.* Ergo isthæc ratio per se ad talem effectum insufficiens erit.

Probatur 5. superior regula à *Goed. d. lo.* etiam hoc argumento: Actio definitur jus persequendi quod sibi debetur. *prin. I. de act.* sed sub actionum sic definitarum generali devisione populares actiones Iustin. complectitur §. 12. *J. eod.* Et actores ejusmodi actionibus persequuntur, quod sibi debetur, &c. Verum & hic similiter potest responderi, hanc definitionem actioni populari æquè benè & eodem modo competere posse, uti competit actioni huic, quæ per procuratorem exercetur; sicuti itaq; procurator privati cujusvis persequitur jus, quod Domino mandanti debetur, *l. 1. de procurat.* sic quoque hic agens pœnam populo debitam, *l. 1. de pop. act.* uterque non suo nomine agit, actor enim noster, quod ejus nihil intersit, (de his namque casibus quærimus) populi nomine agit cujus procurator est, à quo tacitum quasi mandatum habere videtur, *V. Ant. Fabr. ad l. 42. pr. in rational. Hillig. d. lo. lit. L. inf.* Cœterum actoris nostri & procuratoris comparatio cum grano salis accipienda, neque enim ille in omnibus Procuratori similis est, *l. 43. §. 2. de procurat.* in prædictis comparantur tamen quam rectissimè. Ex quibus jam videre licet, solidum fundamentum pro sua regula *Goed. Arum. & Hunn.* non adducere potuisse.

Videamus igitur, de secundæ sententiæ regula: *regulariter totam pœnam deberi fisco*: Ea vero probari potest. 1. per *l. 3. pr. de term. moto.* quæ satis manifestò mulctam pecuniariam in publicum ærarium dari jubet, ut *Duocenus* ibidem, hanc de termino moto ex aliarum act. popularium numero quoad hoc excipiendam scripserit: sed frustrà quid

excipiendam dicimus, cum inter nos de regula nondum constiterit: *Goed. d. lo.* verba *d. l 3. in publico dari*, exponit ita quasi significent *ex populari actione solvi*: quam expositionem à claro & aperto textu alienissimam esse, etiam isti, qui cum ipso statuunt, viderunt; quin imò hæc verba satis apertè significant, fisco illud dandum esse, sicuti in *l. 25. pr. ad sc. syllan. ex publico dari*, est *ex fisco dari*. Arumæus *d. lo.* verba hæc: *in publico dari:* dicit hunc habere sensum, quasi actio popularis in publicum proponatur ut quivis eam, qui volet, intentare possit: sed æquè inconcinna hæc expositio est, cum ipsi 50. aurei in publicum dari jubeantur, quod cave jam interpreteris publicè tot aureos proponi debere, ne occasio furem faciat, quin immò nimis clarè hi aurei in publicum, hoc est, fiscum, *arg. d. l. 25. pr.* dari jubentur, sed sola actio eorum, ei qui volet permittitur. *Hunnius d. lo. respondet d l. fin.* de criminali accusatione loqui, & ideo dici pœnam applicandam esse fisco, *arg. l. 5. l. 6. §. 4. C. de modo mulct. quæ à jud. inst.* sed quoniam ipse hoc nulla ratione probat, pari facilitate rejicitur, qua asseritur, quin imò dixerim ego, pœnam terminorum motorum à Cajo Cæsare constitutam pecuniariam esse, *d. l. 3. de term mot.* ast à Divo Hadriano, corporalem, *l. 2. ff. eod.* & ergo ferè semper ex lege C. Cæsaris agraria agi civiliter, *d. l. 3.* sed ex D. Hadriani rescripto criminaliter *d. l. 2.* Probatur ea regula 2. per *l. 3. § 5. de sep viol.* in quo textu *Hillig. d. lo.* hujus regulæ probationem putat esse evidentissimam; quem tamen malè huc adferri putant alii, quia etiam loquatur de criminali judicio ex D. Hadriani rescripto instituto *arg. pr. d. l. 3. V. Goedd. d. lo. n.* 17. verum an hæc responsio satisfaciat addubitari posset, tũ quod textus iste criminalis accusationis mentionem nullam faciat, quod a. leges non cantant, neq; nos cantare debemus; tum quod eum de criminali accusatione exaudire series præced. & seqq. vix permittat; tum etiam, quod ita nimis facilè omnes textus cludi possint, si licet in singulis exceptiones quærere, antequam de regula constiterit, vel maximè, quod hoc satis certum sit pœnam criminalem nulli alii, quam fisco deberi posse, *vide allegata apud. Goed. d. lo. n.* 10, *inf.* unde hic de civili persecutione solum inquiritur. Probatur 3. *per l. 7. §. 1. de pop. act.* juncta *l. 1. ff eod.* nam dicitur *in d. §. 1.* quod actio popularis locupletiorem non faciat; quare? quia suum jus populo tueatur *d. l. 1.* Sed ad hæc respondetur ab *Arum. d. lo.* scilicet *d. l. 7. §. 1.* supplendum esse ex *l. 12. d. V. S.* ut hoc verum sit de tempore litis contestationem

tionem præcedente. Nihilominus replicat benè *Hilliger.d.l.* nimis durum esse generalitatem verborum: Qui HABET has actiones: ad istud tempus restringere; quin potius vi verbi HABERE de tempore post litem contestatam *d.l.7.§.1.* accipi debere, *arg l.188.de V.S.* nam cum ante litem contestatam nec jure dominii, quia hæc actio est totius populi, non singulorum; nec sine interpellatione, quia tum adhuc ab alio præveniri potest, *V.Donellum.19.c.in m.* actionem popularem aliquis habeat, nondum eam verè HABERE dici potest, *arg.d.l.188.juncta l.164 §.fin. ff. eod.* nisi tamen dixeris verbi HABERE significationem hic paululum impropriandam esse, quoniam diversa causa sit popularium actionum, ut ait JCtus *in l.56.§.finde fidejussor.* cum etiam non semper ita accuratè loquantur JCti, ut ex verbis ipsorum singulis particulatim ad eiusmodi effectus concludi non possit, non debeat. Ex hisce tamen apparet fortiora pro hac secunda regula, quam pro prima adducta fuisse argumenta.

Videamus etiam paucis de tertiæ sententiæ regula: *Regulariter pœnam inter agentem & fiscum dividendam esse*: ea verò probatur unico textu. *L.25.§.fin.ad silan.* sed respondet *Goedd. d. lo n.18.* id in eo casu speciale esse, specialem autem casum, arguere regulam in contrarium esse generalem; quod etsi ipse quidem ita rectè dixerit, mirari tamen subit inconsiderantiam Viri Clarissimi, quippe cum eo ipso magis sua sententia convellatur: Nam cum in casu *d. lobo 25. §. fin.* præmii tantum loco actor aliquid consequatur, non nisi frustrà autem præmii loco id se daturum prætor polliceatur, quod actionis jure alicui debetur; ideò magis hinc colligitur, regulariter pœnam totam soli fisco deberi, à qua regula casus *d. l. 25. §. fin.* exceptus fuerit; non ab ista alia, quod semper pœna tota debeatur actori, quam *Goed.* defendit; quod enim semper jure actionis mihi totũ debetur, de eo non nisi partem præmii loco, Prætor valdè ridiculè polliceretur: Quin amplius cum in casu *d.l. 25. §. fin.* Prætor præmio aliquo ad agendum invitet, illudque agenti propter operam multam in difficili inquisitione impendendam dari voluerit omninò, ubi ista agendi difficultas & præmii invitatio cessant, ibi actori ne quidem aliquid saltem præmii loco, minus ipsa tota pœna, danda videbitur. Atque ita *d. lo. 25. §. fin.* argumentum pro secunda sententiæ regula præbere posset: Et hæc de tribus istis diversis sententiis, ex quibus jam ita disputatis elucescit, vix regulam certam & generalem hic inveniri & proponi posse, cum

omninò habeant actiones populares non certam & eandem naturam, sed quam ipsis Prætor, vel alius legislator dedit, unde & videmus aliquando partem actori dari, *d.l.25 ad Syllan.* aliquando totum fisco *d. l. fin. pr. de term moto* aliquando totum actori, *d.l.3. pr. de sep. viol.* Hoc tamen certissimum est; actionum popularium *alias* ad privatam alicujus injuriam principaliter pertinere; *alias* ad commodum publicum principaliter spectare: *V. Duar. d. lo. ad. tit. de pop. act.* *istis* si quis privati damni & interesse ratione experiatur, tum ipsum agentem pœnam totam consequi, indubium est, *d. l. 3. pr. de sep. viol.* Quid verò si ipse ad quem ea actio principaliter pertinebat agere nolit, agatque interim alius, huicne similiter pœna tota cedet? Hic dubius juris articulus est. Hisce verò si quis ad vindictam & publicum interesse egerit, & quidem criminaliter, etiam tum pœnam totam fisco deberi, indubium est; Quid si civiliter agatur, fiscone itidem pœna applicabitur? Et hic casus est controversus maximè. Ego tamen facilius in dubio admiserim in casibus istis prioribus; ubi videlicet alius concivis vindicat id, quo uni ex populo damnum datum sit, pœnam actori applicandam esse; arg. *l. 3. pr. de sep. viol.* licet *Duar. d. loco.* unam tamen pop. actionem de termino moto putet adhuc speciale aliquid habere propter *l. fin. de ter. moto*, ast in casibus his posterioribus, ubi vindicatur id quo jus populi seu reipublicæ læsum fuerit, pœnam fisco potius inferendam dixerim, *arg. d. l. 3. §. 5. de sep. viol.* Sed si fortè tamen paulo difficilior foret criminis & inquisitio & persecutio, præmii loco partem aliquam actori tribui posse admiserim *arg. d. l. 25. ad Sillan.* ratio differentiæ horum & illorum casuum hæc dari potest, quod actores in illis pœnam tanquam privatum interesse semper persequantur: in his tanquam publicum; adeoque ibi Reipubl. sufficere, quod admissa crimina puniantur, ut tamen commodum cedat agenti, hic verò quod respubl. principaliter læsa sit, ea etiam meritò commodo gaudere debeat: Ita sentio, *Salvo, &c.*

VIII.

An adoptatus ab extraneo transeat de jure novo in ejus potestatem?

Salsissimè, ut omnia Anglorum Martialis Ovenus 3. epigr. 76.

> Stulta hæc invidia est, cui cuncta recentia sordent.
> Invidia stultitia est, cui nova sola placent,

Unde

VNDE etsi ego plurimas *neotericorum* nostrorum doctas & acutissimas inventiones & meditationes hactenus defenderim, atque approbaverim, non tamen veterum interpp. explicationes & opin. ubiq; negligendas dixerim. Quare nunquam mihi aliqui ex istis novam suam opinionem de adoptato ab extraneo (hoc est, eo in quo nulla jura patris naturalis concurrunt, §. 2 *i. de adopt.*) scilicet eum hodie etiam in familia adoptantis transire, persuadere potuerunt; & nisi *Ant. Math.* eam inter nova juris fundamenta aliter jacienda, quam vulgò jacta fuerint, retulisset, *disp.* 8. *th.* 16. nos quæstionem hanc intactam reliquissemus. Videbimus igitur an secundum hanc novam *Ant. Math.* opinionem quam etiam approbavit *Arum. disp. inst.* 2. *th.* 20. novum juris fundamentum jaciendum sit.

Nos verò putamus, *vulgò & communiter* jactum retinendum esse, quod illud suffulcitum sit ab antiquis interp. rationibus fortissimis, & quidem tribus sequentibus. 1. desumitur ex textu §. 2. *i. de adopt.* qui adeò expressus & clarus est, ut nullo modo eludi queat, ut mirari subeat, potuisse dicere *Arumæum d. lo.* se in hoc §. 2. suæ sententiæ quod opituletur, videre plurimum, quod officiat nihili. Quod autem expressè huic novæ opinioni contradicat & plurimum *d.* §. officiat, sic ostendimus 1. clarè testatur ipse *Imp. in pr. d.* §. 2. hodie nequicquam ad patrem adoptivum (extraneum) transire, nec filium familias in potestate ejus (patris adoptivi extranei) esse. 2. notanda est in *d.* §. 2. particula SED, quæ contrariæ significationem importat, & ideo cum Imper. *in pr. d. t. de adopt.* dixisset, olim in potestate nostra fuisse omnes adoptatos: jam subjicit in hoc §. 2. *sed hodie* filiumfamil. adoptatum ab extraneo in potestate ejus non esse, &c. 3. arguit id oppositio, quæ in hoc §. 2. fit inter adoptionem ab ascendente factam, & factam ab extraneo: sed cum illo casu Imp. pristina jura & effectus demum servari velit: Ergò, quando extraneus adoptavit, non servari consequitur, quoniam oppositum de altero oppositorum non prædicatur. Doctissimus Matthæus ad hunc §. 2. nihil respondit, quod tamen decuisset, Arum. d. lo. hoc vult respondere, propositum Justiniani in d. §. 2. fuisse vitia duntaxat, quæ olim ex adoptione extraneo facta eveniebant, relecare, nam facilè de jueteri filiifamilias in adoptionem aliis dari, utriusque parentis successione cadebant, Naturalis, præterire enim pater naturalis filium hunc adoptivum poterat, quippe quem

pe quem non necessario cogebatur instituere quod mortis ejus tempore in aliena constitutus esset familia, *pr. i. de exhered. lib. Adopt.* emancipare siquidem iterum eum, mortuo patre naturali, pater adoptivus poterat, *l. pen. in pr. C. de adop.* hoc vitium, inquit Arum. sustulit Justin. & proinde constituit ut patris adoptivi jus quoad successionem paternam cessaret & quiesceret, quo adhuc non obstante adoptione filius adoptivus patri naturali proinde succedere posset, atque si adoptatio facta non fuisset, & ergo Justinianum nihilominus, emendato hoc ita vitio, patriam potestatem adoptanti extraneo reservasse. Verùm & nos quidem idem fatemur, scilicet Imp. iniquitatem illam sustulisse, adeoq; ut filius familias & ipse patri suo naturali prodesse & acquirere, & vicissim ipse ab eodem naturalia debita & relicta bona percipere posset, effecisse, sed insuper etiam hoc dicimus, ita simul Imperatorem patri extraneo patriam potestatem eripuisse, naturalique patri eandem in filium familias restituisse, quod præter verba manifesta in *d. §. 2. ibi, nec in potestate eius est,* etiam 2. confirmari & ostendi potest per *l. pen. §. 1. C. de adopt.* ibi, *cum enim per* Omnia *natura sua filium aggregaverimus,* h. e. patri naturali restituerimus. Et ergo eum Iustin. omnes patriæ potestatis effectus patri naturali per novam hanc suam constitutionem reddiderit, & ipsam quoque potestatem eidem simul redditam esse, quis negabit? utique acquisitio arguit potestatem competere ei, cui acquiritur, *arg. §. 1. & 2. i. per quas pers. cuiq. acquir.* sed adoptatus patri soli naturali acquirit, *d. l. pen. §. 1.* Et ergo ei soli in adoptatum hunc potestas competet. At quid ergo, dixeris, aliquis extraneus adoptaret? Adoptato equidem filio prodest adoptio, retinet enim & habet huiusmodi filius jura integra naturæ, [hoc est, iura agnationis, iura suitatis, & consequenter ius succedendi patri naturali) & insuper si intestatus pater extraneus adoptivus decesserit, habet is etiam sui heredis ius ad eius successionem ait Imp. *in d. lo. pen. §. 1. in f.* Ergone similiter in aliquo ipsi patri adoptanti proderit adoptio? Imo, gratum enim & dulce est filii nomen, quod consequitur adoptans, non quidem adoptio hæc facit Filiosfamilias, qui sint simul revera in potestate, facit tamen filios legitimos & civiles, hoc est, adoptatos adoptanti extraneo civili & legitimo vinculo coniungit, propter quod successione ab intestato patris adoptivi extranei defraudari non possint, *d. l. pen. §. 1.* Veluti in simili si fœmina adoptaverit iussu Principis, adoptione hac adoptatus *filius* qui-

Filius quidem efficitur, sed non *filius Fam.* quia in potestatem adoptantis fœminæ non transit, §.10. *j. de adopt. V. ipsum Anth. Matth. in not. ad pr. ejusdem tit.* prout itaque fœminæ huic nomen hoc *Filij* in solatium est, *d.* §.10. ita & isti adoptato [illegible] poterit esse. Cœterum ne quis ex *d. L. pen.* §. 1. adductis verbis [illegible] *sui heredis jus.* : moveatur, ex iisque inferat, quasi ideo adoptivus hic filius in potestate patris extranei esse videatur, quippe cum *suum heredem esse*, & *in potestate esse*, inseparabiliter connexa sint, § 2. *j de her. qual. & diff.* ideo præmonemus, ea verba comparative intelligenda esse, quod instar sui heredis jus ab intestato habeat, etiam in bonis patris extranei, licet interim suus heres ei non sit. 3. Potest hoc ostendi ex §. *sed si pater* 8 *j quib. mod. j. p.p.s.* ex verbis: *Solvitur quid. jus potestatis patris natural.*, *transit autem in hujusmodi parentem adoptivum, in cujus persona & adoptionem esse plenissimam antea diximus:* unde sic argumentamur. In cujus persona adoptionem esse plenissimam anteà dixerat Justinianus, in hujusmodi parentem adoptivum transit jus potestatis patris naturalis, *d.* §. 8 sed tantum in avi vel proavi naturalis personæ adoptionem esse plenifs. anteà dixerat Justin. Nimirum in *d.* §. 2. *tit.* [illegible] *de adopt.* Ergo in hujusmodi parentes adoptivos transit, &c. Est autem plenissima adoptio, quæ non tantum filium facit, sed omninò filium familias, *arg.* [illegible] *ad pr. d. t. de adopt.* filius familias vero dicitur, qui & in familia, & in potestate nostra est, *d.* §. 2. *inf.* Quod si igitur etiam in patris extranei adoptivi persona adoptionem plenissimam esse nunc dicamus, [illegible] ab ascendente, & à quovis alio extraneo, [illegible] expressa verba Justin. *in d.* §. 2. *ibi. in hoc casu* : Atque hæc argumenta adeo evidentia sunt, ut in re manifesta tam plura profundere nil opus sit. Cæterum quia *Ant. Matth. d. loc.* duo fundamenta ad novam hanc opinionem [illegible] proponit, ea convellenda sunt : *Primum* desumit ex *d. L. pen.* [illegible] *adopt.* ex verbis: *quasi non fuisset in alienam familiam translatus* : [illegible] § 4. *I. de hered. quæ ab int.* ex verbis: *atq; si in potestate patris naturalis permansisset.* Ergo revera filium in potestatem adoptantis transiisse, [illegible] infert. Sed responderi potest: 1. hæc obscurius dicta explicanda esse ex textu claro in *d.* §. 2. *j. de adopt.* siquidem in toto jure Lex Legi conjungenda est, neque sunt captanda verba Justin. sed spectanda potius mens & voluntas. *L.* 17. & 18. *de LL.* quæ autem mens ejus fuerit ex prædictis clarè satis apparuit. 2. Parum debere notcum decisiones habemus in

terminis terminantibus, argumenta ex minutissimis particulis & singulis ferè verbis deducta attendere, *Cottman*, 1. *resp*. 18. *num*. 46. *& resp*. 21. *num*. 161. 3. Vel nos posse ista verba sic explicare, ac si ita dixisset Imp. *tanquam non fuisset ab initio in adoptionem datus*, *arg. d. L pen*. § ... *in f. d.* § 14. *pr*. 4. vel ita subintelligere: *sicut revera in alienam famil. translatus non est*: *sicut revera in potestate patris natur. permansit*: argumento eorum, quæ anteà pro nostra sententia adduximus. 5. vel denique hoc dicere, quod respiciant illa verba ad effectum adoptionis ex jure antiquo, qui considerata ipso adoptionis facto, *specie tenus* quidem etiam hodiè obtinere videatur, cum minimè tamen *reipsa* adsit, sicuti ex rationibus suprà deductis jam constat. *Alterum* desumit ex eadem *L. pen*. §. 1. *&* 2. *C. de adopt*. juncto §. 6. *J quib. mod. j. p. p. s.* unde sic argumentatur: Extraneus emancipare filium adoptivum potest. Ergo eum in potestate habet; privatio enim præsupponit habitum: Et hoc urgens argumentum esse putat *ipsum*. *d. loc*. cui, respunderi nequeat, sed tamen, meo judicio ad illud sic regeri potest. Quæ jura adoptio patri extraneo affert, hæc eadem emancipatio solvit. *L*. 35 *de R. I.* sed patriæ potestatis jus in casu nostro non affert, sicuti ostendimus. E. neque hoc jus solvi potest. Quid ergo solvitur per emancipationem? Respondeo; civile & legitimum illud vinculum, de quo suprâ, per quod adoptatus patri adoptivo extraneo sic conjungitur, ut si intestatus pater adoptivus decesserit, ipse habeat etiam sui heredis jus ad ejus successionē *d. L. pen*. § 1 *in f*. hoc itaq; civile vinculum emancipatione interveniente dissolvitur, hæc enim si non interveniat, filio huic adoptivo successio patris extranei intestati, non minus ac cuicunq; alii heredi suo, necessario debetur, *d*. §. 1. *per tot*. quod si ergo pater extraneus huic suo filio adoptivo hoc succedendi ab intestato jus auferre velit, per emancipationem id efficere potest. *d. L. pen* §. 1 *in m*. Ad hunc itaq; emancipationis effectū se refert Imperator in *d. L. pen* § 1. *&* 2. non vero ad patriæ potestatis dissolutionem, sicuti tamen in argumento *Matthæi* arguitur. Quomodo rectissimè hodiè dixerimus, post *d. L. pen*. latam, etiam emancipatione, *solum* hoc *jus*, quod ad instar sui heredis, filio adoptivo, ab intestato competit, solvi & auferri posse, Et adeo *de jure novo* non amplius rectè proponi, omnem emancipationem semper patriæ potestatis dissolvendæ modum esse; *regulam* hanc quidem & etiam hodie, ut in omni filio familias veram admiserim, sed *excipiendum* esse casum, si *filium* adoptivum pater extraneus emancipet, jam dudum.

cul. Hisce

cui. Hisce jam sic disputatis consequens est, falsam quoque esse, *Arumæi disp.* 2. *th.* 21. opinionem, scilicet plebeium à nobili adoptatum, nobilem effici etsi pater adoptans extraneus fuerit. Ex hac solida ratione quod adoptatus hoc casu jus familiæ, cui agnationis & nobilitatis jura annexa sunt, non consequatur, neque igitur Nobilis fiat: sed scilicet dato uno inconveniente semper sequuntur plura.

IX.

Adscriptitii liberi sint an servi?

PRæmittendum & sciendum est: Agricolarum sive Colonorum tria genera esse, Servos, tributarios & inquilinos, *L.* 12. *C. de agric censitis & colon.* Inquilini vocantur Coloni liberi: Tributarii sunt adscriptitii, servi quidem etiam Coloni sunt, sed censibus adscripti, & absolutè servi vocantur, *L.* 3. *&* 7. *C. eod.* sunt itaque Colonorum alii censiti, alii non censiti. *Non censiti* sunt Coloni liberi, qui ideo *simpliciter Coloni* dicuntur, suntque illi, qui per 30. annos colonaria detenti sunt conditione adeoque 30. annorum possessione adquisiti, ut posteà tam ipsi, quam ipsorum liberi, terram colere & canonem præstare cogantur, nec licentiam habeant, relicto jure ad aliud migrare, ne domini damno afficiantur, *L.* 18. *& L.* 23. §. 1. *C. de agric & censit.* unde licet ipsi quoque reditus certos & pensiones domino terræ in pecunia vel in speciebus, pro solo præstent. *L.* 5. 8. *&* 20. *C d. t.* non tamen tributarii sunt, *L. un. C. de col. Thracen. L. un C. de col. Illyric.* sicuti sunt adscriptitii. Cum itaque *Coloni simpliciter* ita dicti non sint tributarii, hoc est, capitis censum sive capitationem non præstent, quæ capitalis illatio dicitur in *d. L.* 23. *in f. pr. C. d. t.* omninoque dominum non habeant alium, præter terram, quam colunt. *d. L. un. C. de col. thrac. d. L. un. C. de col. Illyr.* indubitato liberi sint & maneant, resque proprias suas possidere possint, *d. L.* 18. *C. de agr. & cens. d. L. un C. de Colo. Thrac.* ideo de his Colonis hic etiam non quæritur. *Censiti* Coloni sunt, alii absolutè *servi*, alii *adscriptitii* dicti. De illis quoniam planè servi sunt, & censibus adscripti, *L.* 3. *&* 7. *C. de agric. cens.* hic etiam non quæritur, & horum durissima conditio fuit, de quibus festive *Petr. Gregor.* 23. *synt. art. mirab. c.* 5. sit servis *rostrum suillum* [hoc est, non habeant fastidiosum aut delicatum palatum] *aures asininæ* [hoc est, habeant aures patulas & apertas] *manus explanatæ* [hoc est, non furentur] *pedes cervini* [hoc est, *velociter jussa* expediant] cujus dicti etiam

famuli nostri temporis semper commode admoneri possent. De *his* itaq; quæstio tantum est; Dicuntur autem adscriptitii, ideo quod censibus, hoc est, libris censualibus vel publici census scripturæ adscripti sint. *L.4. C. de agric. & cens. L.2. pr. ibi. Gotofr. C. in quib. caus. col. cens. Dom. acc. pos.* Et multi sunt qui adscriptitios homines esse liberos existimant, quos sequuntur *Tr. vol. 1. disp. 2. th. ? lit d.* & vulgus sequax *Hoenonium disp. 1. th. 20.* ex rationibus præcipuè sequentibus. 1. Servi qua servi non possunt fieri Clerici. *N. 123. c. 17. L. 37. § 1. C de epis. & cler.* sed tamen possunt adscriptitii quà tales, d. N. c. 17. 2. Oppositum de altero oppositorum non prædicatur. Sed adscriptitii & servi sunt opposita, *d. N. 123. c. 17. in rubr. L. 21. L. fin. C. de agric. & cens. L. 1. C. præd. Tham. L. 1. & L. 13. C de infant. expon.* & pluribus locis aliis: non igitur de adscriptitiis servi prædicantur. 3. Verè servi nihil possunt videri possidere, cum ipsi à Dominis possideantur, *L. 13. § fin. de acquir. poss. L. 118. de R I.* neque adversum dominos suos in judicio consistere, *L. 6. C. de judic. L. fin. C. de noxal. act.* sed tamen adscriptitii aliquid possidere, & cum domino litigare possunt, *L. 18. L. 23. § 1. vers. caveant. C. de agric. & cens.* 4. In verè servos dominis competit summa potestas, sic alienari possunt etiam sine solo, & durioribus conditionibus gravari, qualis tamen potestas in adscriptitios dominis negata est, *d. L. 23. § 1. L 2. 4. 7. & 11. C. d. t. L. 2. C in quib. caus. col cens. L. un. C. de col Thracens.* 5. Judæis non licet habere servos Christianos, *cap. 1. extra de Iud. & Sarac.* sed licet iisdem habere adscriptitios, *d. c. 2.* Quare hi non sunt servi. Et hæ sunt potissimæ rationes, quas pro libertate adscriptitiorum adstruenda DD. afferunt, quæ nobis id sufficienter concludere non videntur. Et adscriptitios servos esse confirmatur satis expressis textibus ex *L. 21. in fin. ibi. quæ enim differentia inter servos & adscriptitios L. fin. C. de agric. & censit. Vide Don. 2. com. 9 Conan. 2. com. 10.* quibus quomodo à dissentientibus satis fieri possit, nondum vidi. Interim ad eorum rationes & quidem ad 1. sic rectissimè responderi potest: Servi vocabulum in jure & generis & speciei vocabulum esse. Illo modo comprehendit sub se servos omnes, sive distinctum & speciale nomen aliquod habeant, ut adscriptitii, sive non: hoc vero eos tantum, qui nomen sui generis, retinent, neq; aliud speciale nomen habeant, quiq; ideo servi in specie dicuntur, quomodo etsi quidem servi in specie ita dicti opponantur adscriptitiis, *d d. LL.* adhuc tamen hi in genere servi rectè prædicantur, ut ita sit tantum oppositio specierum: Veluti in simili op-

ponitur

ponitur adoptioni arrogatio tanquam conspecies, *§. 1. de adopt.* ut tamen de arrogatione prædicari possit adoptio, quatenus hæc etiam generis nomen est, *pr. 1. d. t.* Unde jam & ad 1. rationem dici potest: Quod hæc etiam speciei & nomgeneris sit prohibitio: servos contradicente domino non posse fieri Clericos: Et tantum igitur pertineat ad solos servos in specie sic dictos, ut ita nihilominus servi alii, distincto nomine adscriptitii dicti, Clerici fieri possint. Et est ratio, quare hoc in adscriptitiis servis prohibitum simul non fuerit, illa, quoniam adscriptitii domino non quolibet loco, sed certo tantum, scilicet in quo terra sita est, cui adscripti sunt, servitia præstare coguntur. Et ergò, quamvis Clerici in eo loco facti sint, impositam tamen sibi agriculturam adimplere per substitutum possunt, *Vide auth. adscriptitios C. de epis. & cleric.* diversum est in servis aliis in specie sic dictis. qui coguntur dominis suis quovis in loco & tempore inservire, & ad nutum eorum semper parati esse. Ad 3. 4. & 5. rationem respondemus, adscriptitios habere quidem peculium, sed quod ipsius domini sit, *d. l. 18.* cum domino etiam litigare posse, sed non nisi paucis & certis in casibus, iisque nominatim in jure expressis, *d. l. 2. C. in quib. caus. col.* quomodo quoque ipsis servis in specie sic dictis adversus dominos ex certis caussis in judicio consistere permittitur, *arg. l. 53. de jud.* ut ideo exinde ad libertatem a[illegible]orũ concludi non possit. Quod verò additur ex *d. l. un. C. de col. T[illegible] ill[illegible], conditione videntur ingenui:* Huc non pertinet, non enim *d. l. un.* loquitur de a[illegible]itiis, sed de colonis in specie ita dictis, sicuti quoque de iisdem colonis, qui planè liberi sunt, loquuntur tantum allegati textus, *d. l. 23. §. 1. vers. caveant. d. t. [illegible] extra de Judæis,* ut ideo nihil obstent. Cæterum quod dicitur adscriptitios non posse alienari sine solo, vel id magis probare videtur, eos esse servos, vel hanc rationem specialem habere potest, quod reipubl. intersit, prædia cols, ut rei frumentariæ semper bene sit: quare prohibitum ne prædia sine hisce Colonis alienentur, idipsum tamen minimè mutat eorum servilem statum, sed tantum aliquid discriminis ponit quoad alios servos in specie sic dictos. *V. Hunn. in res. Inst. tr. 2. q. 5. lib. 1.* Atqui jam inquies, nullam tamen in servorum conditione esse differentiam *§ fin. i. de iperson.* Quare sciendum, & cum *VVesenb. ad d. §. fin. in Instit.* respondendum est, illum §. *fin.* de una servorum conditione, sumptum esse ex Caio aut aliquo veteri JCto, sine judicio, quamvis enim tempore JCtorum, quorum de libris hæc sumta sunt, servorum conditio fuerit una, Justiniani tamen

 tempore

tempore triplex erat servitus, dominii, adscriptitia & colonaria, *l. 3. C. de inf. expos.* ac proinde servorum diversa conditio *VVesenb. d. l.* Cæterùm ut concludendo hoc addamus, posset in hac quæstione plenius distingui, quod aut mācipia terræ adscripta sint, aut non mancipia, *arg. l. 21. ibi, homines fortè liberos. C. de agric. & cens.* cum & vero simile sit, egentes homines, quales tum ob crebras manumissiones multi, ut victum haberent, facilè permisisse se fundis adscribi, ita ut perpetuo ipsi coloni essent; Si sint igitur mancipia terræ adscripta, omnino tales Coloni, verè servi sunt, & de hisce fortè intelligi posset, *d. l. 21. ibi, quæ enim differentia inter servos & adscriptitios intelligatur. C. d. tit.* Sed si sint *non mancipia* terræ adscripta, tum vel terra, cui isti Coloni adscribebantur, erat domini, vel ipsorum propria. Hi Coloni, quoniam sunt propriorum possessores, etsi tamen cogantur terram colere, cique sint adscripti, adeoque Coloni censiti; nihilominus liberi manere videntur, *arg. l. 18. C d. t. & eorum quæ in pr. hujus quæst. diximus.* Illi verò videntur propius ad servos accedere, quamvis tamen planè sicut alii servi non sint, *arg. l. 2. C. in quib. caus. Colon. ibi pene est ut quadam dediti servi; videantur:* quomodo rectè dixerit, *Zas. ad l. 18. de cond. indeb.* adscriptitios hosce non esse quidem servos, tamen habere maculam servilem, sive uti *Vultei ad §. 2. j. de Iperson.* vestigia eis inesse servitutis antiquæ, nimirum prout *Cujac. ad rubr. C. de agric. & cens.* annotavit, adscriptitii hi non planè servi, sed quasi servi sunt, *d. l. 2. in quibus caus. coloni,* respectu solius domini quadam debiti servituce videntur adstricti, *d. l. 2.* sed cæterorum hominum omnium respectu, liberi sunt, *d. l. 2.* qui verò planè sunt servi, tales habentur inter omnes & respectu omnium. Hæcce colonorum genera cum vulgò qq. resolutores non distinxerint, crucem ij potius studiosis fixerunt, quam lucem eis attulerint. Sed satis.

X.

An procurator, sententiâ adversum se latâ, tàm appellare, quàm appellationem interpositam prosequi, teneatur?

DUplex hæc est quæstio, de appellatione interponenda, deque ea prosequenda: Sanè quæstiones hæ dubiæ sunt, & posterior in diversas partes inter Dd. est agitata. *Prior* enim communissimè probatur à *Dd. in l.*

Dd. in l. 17. C d. procurat. qui quod procurator saltem appellare cogatur, omnes concedunt, ait *Vasq. 2. controv. usufreq. 19. n. 1.* quæ sententia de utroque jure, *Civili & Canonico* doceri & comprobari potest, & quidem hoc jure per *c. pen. extrà de procurat. ibi, potuit quoq; is & debuit à sententia in eo, quod lata extitit contrà ipsum appellare*: unde & illud, quod diximus, probabile sit, quoniam ubique ferè alias Jcanonicum communes Dd. opiniones, & sæpius errores, sequitur, hanc communissimam Jcivilis interpretum opinionem fuisse. scilicet interpositionem appellationis necessario requiri, quod illo jure ostenditur per textum *d. l. 17. C de procurat.* in quo urgeri possunt, verba, *Ultra & extendere*, ex quibus necessario infertur, post sententiam aliquid adhuc incumbere agendum procuratori: Quod igitur post sententiam contra se latam, procuratori coram eodem judice adhuc agendum incumbit, illud ipse invitus etiam suscipere & interponere cogetur, *d. l. 17.* sed tum procuratori ab ista sententia appellandum incumbit, *d. l. 17.* quare invitus etiam appellationem interponere tenebitur: Et cur non tenetur? Utique procurator ad omnia ea, quæ in prima instantia, coram eodem judice fiunt, ritè peragenda tenetur necessario, *arg. l. 1. de procurat.* sed appellatio fit coram eodem judice, uti vulgo constat, & ideo de an[illegible] appellationibus primæ instantiæ esse dicitur à *Sichard, in d. l. 17.* Qu[illegible] necessario; Facit bene *L. 3[illegible]. §. 2. ibi, poterit ei imputari si [illegible] non [illegible], de neg. at. gest.* tanto magis itaque procuratori imput[illegible] cum utique ipsum semper posse sciamus, & [illegible] per ex[illegible] habeat, *l. 1. de procurat.* Huic tamen sententiæ videtur obstare, 1. textus in *l. 10. C de appellat. ibi, ad provocationis auxilium* POSSUNT *percipere.* Ergo prout actor nec interponere appellationem cogitur, sicuti arguit verbum POSSUNT, quod rem voluntati permittit, *l. 8. & s q. de off. præsid. ibi Godofr.* ita quoque neque procurator. Sed respond[illegible] debet, vel à diversis male inferri, quod ostendit ex Donello Bronchorst 1. [illegible] 25. vel, ibi non de necessitate, sed facultate appellandi tantum quæri, [illegible] mirum an ea competat utrique tàm actori quàm curatori, an alter[illegible] Et dicitur actorem victum, etiam appellare posse, quare si jam ex eo: Ergo ipsum non cogi: inferas, hoc argumentum à contrario [illegible], quod ex Legibus Codicis non procedit, responderim, Videtur 2. obstare, *l. 63. §. 1. de evict.* Ubi dicitur emtorem superatum judicis sententiâ, non cogi tamen appellare, sed responderur, ideo non cogi, quia emtori

semper

ſemper de evictione actio integra reſervatur, tametſi non appellaverit; cum igitur omiſſa appellatione, ei adhuc de evictione competat actio, niſi appareat de ſententiæ latæ manifeſta iniquitate aut injuria, *l. 51. ff. eod.* Aſt ſemper ſententia judicis in dubio præſumatur eſſe juſta, juſta vero ſententia non auferat actionem contrà venditorem de evictione, *d. l. 51.* omnino fruſtrà Leges emtorem ad neceſſitatem appellandi conſtringerent, diverſum eſt in procuratore, qui niſi appellationis beneficio ſuſpenderit ſententiam, ea tranſibit in rem judicatam, *t. t. de appellat.* Videtur obſtare. 3. *l. fin. de in integr. reſtit.* ex cujus fine conſtat, procuratores eorum qui reipubl. cauſa abſunt appellationem intermittere poſſe, unde his, poſt fatale interponendæ appellationis reverſi, in integrum reſtitutione ſuccurritur, ut ipſi appellare adhuc poſſint, quæ certe reſtitutio, tanquam extraordinarium remedium, ijs neganda fuiſſet, ſi procuratores eorum de jure neceſſario debuiſſent appellare, *arg. l. 16. pr. de minor.* quippe ſic actione mandati, remedio ordinario, contrà procuratorem experiri potuiſſent ac debuiſſent, *L. 6. §. 1. mand.* ſed reſponderi poteſt, negando hanc conſeq. Datur extraordinarium reſtitutionis remedium: Ergo nulla plane fuit culpa Procuratorum non appellantium, vel, quia brocardicum illud quod Dd. pro certa lege habent; reſtitutionem non dari, ſi ordinarium remedium competat, ſi non falſum certe valde dubium eſt, *argumento Sf. Odd. Maurit. Cald. quos allegat & probat Bach. vol. 1. ad Tr. diſp. 11. th. 1. lit. a Duaren. Baron. VVeſenb. quos allegat & ſequitur Hillig. D. E. 21. c. 11. lit. k. ubi ipſe d. l. 16. conatur ſatisfacere.* Vel quia forte Procurator hoc caſu non fuerit ſolvendo, adeoque inanis mandati actio; ideo in integrum reſtitutione ſuccurratur, vel etiam quia utilius ibi eſſe potuerit reſtitutionem petere, quam actione mandati contrà Procuratorem agere, quod & aliàs utilius ſit reſtitui, quam ſumtuoſis actionibus diſtringi. *VVeſenb. in π. de reſtit. in integr. n. 8.* Et quid ſi in caſu *d. l fin.* ob juſtam cauſam non appellaviſſet Procurator? Ne tamen ita etiam iis abſentia reipubl. cauſa damnoſa fiat, contrà *l 140. de R. I.* adhuc in omnem caſum poſtea reverſi reſtitutione gaudent, *d. l. fin.* Manet itaque procuratores appellare cogi, quam tamen ſententiam aliqui ſic *limitant.* 1. Niſi juſtè ſuccubuerint, juſtaque fuerit lata ſententia. *Sichard. ad l. 17. C. de procurat.* verum cum juſta ſententia in dubio præſumatur, *c. 6. extr. de renunc.* ita vix aut rariſſimè appellare tenebitur Procurator, contra generalem tex-

tum *d. l.*

tum *d. L. 17.* quare magis erit, cum etiam sententiæ latæ contrarium verius esse probari sæpissime possit, *arg. L. 1. pr de appellat.* ut ideò semper appellet, quod & tutius esse, scribit *Sichard. d. loc.* 2. Nisi domino denunciare velint, *Treutl. disp. 9. thes. lit. C.* Sed hoc tamen rectè sub certa demum conditione admittit, *Bach. ibidem.* Et dixerim etiam hic tutius esse procuratorem, tacente licet domino, nihilominus appellare *arg. d. L. 31. §. 2. inf. deneg. gest.* cum & hinc domino nihil præjudicetur, qui, si, postea velit, appellationem liberè deserere poterit. *Vide tamen d. c. pen. de procurat.* 3. Nisi ad unicum actum, veluti ad audiendam sententiam dati fuerint, *Rotr. decis. 185 n. 9.* hæcce tamen limitatio nullam videtur *Bacchovio d. loc.* habere dubitandi rationem; *per L. 21. inf. C. de procurat.* quamvis *Hunnius ad Tr. ibidem q. 20.* duos textus, huic assertioni quasi obloquentes, removeat. Sed pergo ad quæstionem *posteriorem*, quæ est de prosequenda appellatione interposita, & priore difficilior.

Quidam sunt qui etiam facultatem appellationis hujus prosequendæ procuratori denegant, existimantes nec posse ipsum, licet maxime velit, in secunda instantia sine novo mandato procedere; Ita *Wurmbs. tit. 5. obs. 9. Menoch. cons. 719. n. 2. Achill de Graßis decis. rota. 73. & alii*, quorum sententia utroque jure falsa est, per *d. c. pen. de procur.* nam eo ipso quod Pontifex non teneri prosequi invitum scribit, posse sponte id facere innuit, & per *L. 2. an per al. caus. app. L. 9. C. de appellat.* in quibus alias nulla esset ratio dubitandi, si ne quidem volens ac sponte procurator causam appellationis à se ipso interpositæ exercere posset; Quin imò hoc magis (cum ex *d. L. 2.* appareat, ægre receptum fuisse, dominum ipsum posse, procuratore cessante, litem suam peragere) exinde videri posset, hanc facultatem appellationis à procuratore interpositæ prosequendæ vix anteà fuisse ipsi domino, sed maxime concessam procuratori. *Alii* igitur existimarunt, *posse* quidem ipsum appellationem prosequi, sed minime *teneri*, adeoque hoc ejus arbitrio atq; voluntati liberæ permittunt, sic ut appellationis exercitionem *invito* non injungant, ast nec *volenti* oportere denegari, statuant. Ita *communiter Dd in d. L. 17. Cyn. Br. Bl. Salic. Castr. Ias. & Sichard.* referente *Bachovio d. loc. Geil. 1. O. 139. Hering. de fidei. c. 20. §. 20. Wesenb. in parat. de procurat. aliiq; plurimi.* Sed horum sententia etsi de *I canonico* quod hoc ut in *pr. hujus quæst.* diximus, communes Dd. opiniones ut plurimum sequatur, probata sit per *d. cap. pen.* nescio tamen an eadem de *I civili* subsistat; Interim pro ca

sic posset argumentari. 1. Quando aliquid dubium de Jcivili, & clarum de Jcanonico, semper huic standum est, etiam in foro seculari: *arg. c. 13. de nov: oper. nunc. N. 83. cap.* 1. sed jam clarè in Jcanonico hæc sententia decisa & probata est, *d. c. pen.* Ergò. 2. Quando causa integra est, potest procurator officio renunciare, & per consequ: invitus non teneri, *§. 11. J. mand. l. 1. §. 2. de procurat.* sed causa hæc quoad appellationem, seu secundam instantiam, integra est. *V. Sichard. ad d. l. 17. C. de procurat. num. 6.* Ergò. 3. Nullus procuratorum tenetur *ultra* appellationem officium suum extendere, *d. l. 17. C. de procurat.* Ergò nec appellationem prosequi invitus. 4. Appellationem à procuratore interpositam ipse dominus exequi potest, *L. 9. & 10. C. de appellat.* Ergo ut alius invitus, veluti procurator, hoc faciat, non cogendus erit. 5. Curator minoris ipse solus provocationis litem exercere tenetur, *d. l. 10.* Ergò quoque dominus ipse solus ad hoc tenebitur, quod enim juris est in quasi domino, (curator domini loco habetur, *L. 56. §. 4. de furt.*) idem ut sit in domino vero æquum videbitur. Unde etiam prout actor à curatore datus non cogitur appellationem prosequi, *d. l. 10.* sic neque à domino procuratorem constitutum cogendum esse. Quibus & similibus argumentis *Dd. supra citati.* suam istam sententiam probari putant; quam tamen illi ipsi sic *limitant* 1. nisi sit procurator datus generaliter ad omnes causas, quem omnino appellationem prosequi teneri dicunt, *Geil. d. O. 139. n. 11.* 2. Nisi sit interposita appellatio ab interlocutoria, quam quivis procurator prosequi debeat, *Geil. d. num. 11. Sichard. ad d. l. 17. num. 7.* 3. Aut nisi mandato procuratorio inserta sit clausula de interponenda prosequendaque appellatione, *Ayrer. process. p. 2. c. 5. Obs. 1.* Sed licet hæc ita bene proponantur & disputentur, verius tamen *aliis* videtur & est, *indistinctè* procuratorem sive generaliter ad omnes, sive similiter ad unam, dummodo tamen ad totam litem, datus sit, de Jcivili teneri appellationem à definitivâ prosequi, *Jurecanonico* hic insuper habito. Ita *Donell. 18. c. 18. & ibi Hilliger. in not. Vasq. 2. contr. usufr. 19. Bus. ad l. 62. de procurat. Bacchov. ad Tr. d. loc. aliiq; neoterici quos sequimur.* 1. Propter textum omni exceptione majorem in *l. 2. an per al. caus. appellat.* neque enim *d. l. 2.* ad procuratorem ad omnes lites datum potest restringi, neque de eo cui nominatim etiam causa appellationis fuerit mandata, explicari, tum, quod hæc divinatoria sint, tum quod in quod in jure verbum *procuratoris* absolute positum, denotet passim procuratorem specialem ad unam causam datum.

datum, *arg. l. 5. de LL.* tum quod verborum generalitas huic restrictioni repugnet, tum deniq; quod nec hujus explicationis sit aliqua dubitandi ratio, stultum namque foret dubitare an ille, cui nominatim id mandatum, teneatur. Et potest ex *d. l. 2.* sic potius argumentari. Quod ipsi domino ægrè & non nisi in casum cessantis procuratoris permitti potuit, id sanè procuratori incumbebat agendum necessariò, sed causa appellationis domino ægrè, & non nisi procuratore cessante, peragenda permitti potuit, *d. l. 2.* Ergo hæc procuratori &c. 2. Cum causa servilis procuratori mandata, peracta & ad extremum finem perducta est, tum ipse officio suo functus videtur; (agere enim est procuratoris; agere vero est persequi in judicio, *arg. pr. j. de act.* Sed non persequitur, qui antequam ceperit, desiit. *§. illud quæsitum. 13. j. de rer. divis.*) sed cum per appellationem prioris instantiæ sententia suspendatur, nondum potest dicilis peracta & ad finem perducta. Quare nec procurator appellatione interposita officio suo functus; & per conseqq: causam appellationis persequi ad finem debet. 3. Ponderant etiam pro hac sententia *Donell. & Bachov. dd. locis.* textum *l. 8. § 8. mand.* quos ideo videbis. Nos putamus vel unicam. *d. l. 2. an per al. caus. app.* pro nostrâ sententiâ sufficere; quam neque evertunt argumenta paulò ante relata, ad quæ breviter & ordine sic responderi potest. Ad. 1. clarè & in terminis decisam hanc in Jcivili quæstionem esse, *per d. l. 2.* licit ob naturalem hominum ad dissentiendum facilitatem, ut dicitur in *l. 17. §. 6. de recept. qui arbitr.* dubia facta fuerit; Et obtinet tantum ista propositio, quando versamur in materia peccati, juxta *Canonistarum* limitationem: vel dic cum *Alb. Gent. 1. de nupt. c. pen. ubi vide.* Ad 2. Et nos concedimus, procuratorem appellatione interposita postea exonerationem petere posse, sed tempestive & ob justam causam, *Doned. 16. com. 23. lit. F.* quare requiritur summaria causæ cognitio, *V. Geil. 1. O. 46.* Et ergo potest multis casibus evenire ut renunciationis causa improbata procurator nihilominus litẽ peragere cogatur, *arg. d. §. 11. l. man.* quomodo apparet *Dd.* opinionẽ hinc simpliciter probari non posse. Ad 3. non sunt captanda verba *d. l. 17. ultra & extendere:* quæ non ipsam appellationis prosecutionem, sed causam diversam excludunt, *V. Bach. d. loc. p. 347. in f.* Et dicit *d. l. 17.* appellationem quoque ad procurationem pertinere; quare procuratorem invitum debere appellare, cujus verò est appellare, ejus quoque est causam appellationis agere, *d. l. 2. an per al. caus.* cum igitur *d. l. 17.* necessitatem appellandi

 impe-

imponat procuratori, etiam quæ subsequitur necessitas respondendi ei imposita videri debet, *arg. d. l. 2.* vel maximè, quod procurator appellans litis dominus adhuc permaneat: cum enim per appellationem sententia rescindatur, hæc litis dominium ei auferre non videtur. Ad 4. concedimus ipsum dominum posse causam appellationis sponte suscipere, adeoque procuratorem sublevare, *d. l. 9.* Sed tamen hoc ægrè receptum fuit, *argu. d. l. 2.* & omninò igitur si dominus absens sit, vel cesset, respondere tenebitur procurator, *d. l. 1.* Ad 5. quod ex *L. 10. C. de appellat.* desumptum est, jam supra respondimus, quibus ibi dictis hæc adde: comparationem inter curatorem & dominum ideo nullam esse, quia dominus verus plenius mandare potest, *argum. L. 21. C. mand.* quam quisque curator, hujus enim fidei & industriæ cum administratio rerum minoris commissa sit, ita alteri mandasse intelligitur, ut quam minimum de administratione ipsius decedat, *Donellus d. loc.* unde nec bona est conseq. ab actore ad procuratorem, quia hic à vero domino datus plenius mandatum accepit quovis actore, scilicet ut litem ad extremum finem perducat. Et ergo verissimum manet, *indistinctè* procuratorem à quavis sententia tam appellare, quam appellationem prosequi de *Iure civili* teneri. Cæterum hodiè exiguæ difficultatis hæc quæstio videri posset, posteaquam procuratores *nostri* potius se intrudant, quam exonerare studeant, qui ideo alienatum fortunarum atque etiam capitis mercatores aut potius mangones vocantur, & nescio quibus epithetis (jateàn injuria?) ornantur. *V. Scalig. lib. 3. poet. cap. 5. Magon. Cynos. advocat. cap. 57.*

XI.

An damnatus ex crimine Stellionatus infamis fiat? ubi conciliantur l. 13. §. fin. de his qui not. inf. & l. 2. de crim. Stellion.

STellionatus crimen innominati criminis nomen est; cum enim crimen speciali ac proprio nomine caret, Stellionatus nomen assumit. *l. 3. §. 1. de crim. Stellionatus*, unde Stellionatus accusatio dicitur subsidiaria, ad exemplum actionis de dolo; nam sicuti Civilis actio de dolo in subsidium conceditur, ubi alia deficit, *argum. l. 1. § 1. de dolo ibi Gotofr lit. A.* Ita criminis Stellionatus accusatio, cum alia nominata accusatio locum

non

non habet, *d. l. 3. §.* Ubicunque igitur titulus criminis deficit, illic Stellionatus objiciemus, *inquit ICtus in d. l. 3. §. 1.* Quid verò, si quis Stellionatus condemnatus fuerit, infamabiturne? Et quidem infamari eum affirmavit alibi *Vlpian. in l. 13. § fin. de his qui not. inf.* sed idem ipse tamen alibi infamari negavit in *l. 2. Stellion.* Hinc diligentiores interp. multum de conciliatione laborarunt, quam & feliciter postea invenerunt. Plane minime omnium debuisset patavinus ille *Nicolaus Genua*, hic claram & apertam antinomiam, quae nulla solida juris ratione conciliari possit, agnoscere adeo tituli & magnificae inscriptionis sui libri: *Conciliatio cunctarum Legum quae invicem quasi è Diametro sibi contrariari videntur, &c.* Penitus immemor. Sed hodie regia crede mihi res est promittere multa, &c. Et hoc tamen Germaniae etiam Academiarum ferè malum est, *ait Euphormio in Icon. anim. cap. 7. ferè inf.* Antequam vero ipsam conciliationem doceamus, negativam *Vlpiani in d. l. 2.* dicimus magis esse veriorem, quam sic etiam probamus, 1. *per l. 3. §. pen. Stellion.* in quo §. dicitur, poenam Stellionatus nullam legitimam esse; & ergo poena ejus criminis secundum qualitatem delicti variatur *d. l. 2. cod.* ac per consequens crimen Stellionatus per se & ex sui naturâ non semper infamabit. 2. In *d §. pen.* dicitur, nec Stellionatus crimen legitimum, hoc est, ordinarium esse; Et ergo neque ordinariè infamiam damnato irrogabit, cum haec ita irrogetur in delictis ordinariam coërcitionem habentibus. *l. 1. de his qui not. inf.* 3. *per l. 2. C. de crim. Stellion.* ubi dicitur, patrem à filio Stellionatus crimine peti posse: Et ergò famosum hoc judicium non erit, *arg. l. 11. pr. de dolo malo.* 4. In *d. l 2. C. de crim. Stellionat.* agitur de tali specie facti, in qua actio civilis pignoratitia quae non infamat, filio competebat; Et ergo cum tamen filius hoc casu habeat accusationem criminalem Stellionatus, necessè omnino hoc judicium naturâ suâ & ex Legibus famosum non esse, *argum l. 4. §. 16. de doli mali except.* 5. Per *l. 7. de publ. judic.* in qua dicitur omne publicum crimen damnatum infamare, & etiam quoddam non publicum seu privatum; sed Stellionatus crimen non est vel publicum vel privatum, *l. 1. ibi Gotofr. Stellionat.* non itaque sua natura erit famosum. Verùm contrà hanc sententiam negativam multis disputat, Ant. Fab. *4. con. 1.* qui Ulpiani affirmativam *in d l. 13. § fin.* comprobat, adeoque in *d. l. 2.* negationem tollendam esse contendit, rationes ejus hae sunt: 1. Quod in privatis est de dolo actio, id in criminibus Stellionatus persecutio, *l. 3. §. 1. Stellion.* sed de dolo actio semper est famosa, *l. 11. de dolo.* Ergo:

lo. Ergo: 2. Doctores de infamia Stellionatus judicant à civilis actionis concursu, *Vide Duaren. 1. disput. 42. Donell. 18. com. 8. vers. atq; hac de Civilib. act. Cujac. 10. O. 16. Robert. 4. sent. 17.* Sed interdum nulla Civilis actio concurrit, ut *L. 3. §. 1. Vers. item si quis imposturam: ff. Stellion.* hoc itaque casu quale judicium erit, famosum ne an non? 3. Ad exemplum actionis de dolo introducta est accusatio stellionatus, *l. 3. §. 1. Stellionat.* sed de dolo actio semper est famosa *d. l. 11. de dolo*, Ergo 4. Crimen Stellionatus semper dolum annexum habet; Propter dolum vero damnatus infamatur, *d. l. 11. L. 4. §. 16. de doli mal. except.* Proinde & propter crimen Stellationatus damnatus infamabitur. 5. Stellionatus crimen coercetur opere metalli, relegatione, ordine, motione, *l. 3. § pen. Stellion.* sed hæc genera pœnarum infamant, ut vult *Freter. 3 de infam. cap. 10. num. 5.* Ergo & illud Stellionatus crimen semper infamabit 6. Omnis coërcitio extraordinaria damnato infamiam irrogat, ut vult *Bocer. in disquisit. de concil. hujus antinom. subjecta tr. de crim. læsæ majest pag. 243. & seqq:* Sed Stellionatus crimen habet coercitionem extraordinariam *L. 1. Stellion.* Ergo: Atque hisce rationibus *Fab. Freber. & Bocer.* qui crimen hoc semper infamare sentiunt, potissimum utuntur, quæ tamen id non firmiter concludunt: antequam vero ad eas respondeamus, hoc præmittendum erit, scilicet totam decisionem dependere, *ex l. 7. de public. judic.* cujus hæc sententia est, ex eo crimine, quod publici judicii non est, damnatum ita demum infamem fieri, si de eo crimine duæ sint actiones, Civilis & Criminalis: Civilis autem ejusmodi, quæ infamiam irroget damnato. Sex autem esse hujusmodi crimina (& inter ea Stellionatum interdum) quæ quamvis publici judicii non sint, ex his tamen damnatos inter infames haberi, ideo quod etiam de iisdem privatæ sint & pecuniariæ actiones, quæ in privato judicio infamiam irrogent damnató, optimè comperies apud *Donell. d. cap. 8. vers. atque hæc de civil. act.* Secundum regulam itaque d. l. 7. dicendum quidem, crimen Stellionatus famosum etiam esse interdum, sed tamen sæpius famosum non esse; ex d. regula *famosum est*, si concurrat cum hoc crimine Civilis actio famosa; *Famosum non erit*, si concurrat non famosa. V. G. Si quis rem uni obligatam alii sciens dolo malo pignori obligaverit tenetur actione contraria pignoratitia, quæ non est famosa: Ergo erit non etiam ex causa criminalis Stellionatus actio famosa: Contrà si quis merces, quas mihi debebat ex stipulatu, dolo malo corruperit, & sic tradiderit, tenetur civili actione de dolo, quæ

le, quæ est famosa, erit igitur etiam hoc casu Stellionatus judicium famosum *V. eleg. Donellus Duaren. Cujac. Robert. dd. locis. VVesenb. in π. de crim. Stellionatus Menoch. 2. arbitr. cent. 4. cas. 381. num. 30.* Qui hanc distinctionem probant & sequuntur, à qua neque nos igitur recedemus, tùm, quod ex ea commodè resolvi possint rationes *Fabri Freberi & Boceri*, suprà positæ; tùm etiam, quod ita facilè conciliari possint, duo dicti textus apparenter contrarii. Itaque valdè malè *Faber & alii*, judicium Stellionatus semper famosum esse, statuerunt.

Ad 1. Ejus rationem Respon. esse fallaciam parium, quia in aliquo tertio comparantur tantum, de dolo actio, & Stellionatus persecutio, scilicet utraque subsidiaria est, & extremum juris sui consequendi remedium, *annotante Gotofr. ad l. 1. de dolo.* Itaque *d. l. 3. §. 1.* ut præcedentia arguunt, hoc tantum vult, quod Stellionatus persecutio æquè subsidiarium sit remedium ut actio de dolo.

Ad 2. Resp. Tali casu non esse famosum Stellionatus judicium, ex regula *d. l. 7. de public. judic.* quæ ad id concursum cum actione Civili famosa exigit, Quin imò & isthoc in casu concurrere privatam actionem de dolo, adeoque imposturæ vel collusionis nomine accusatum & condemnatum, præter pœnam, qua extra ordinem plectitur etiam famosum esse, ostendit *Donell. d. cap. 8. vers. atque hac de civilib. act.*

Ad 3. Resp. potest quod ad primum: Et sanè si non statim, ubi ex dolo obligatio vel actio aliqua nascitur, infamia de jure sequatur, ut videre est in condictione furtiva, *l. 36. de O. & A.* actione rerum amotarum, *l. 16. ff. rer. amot. ibi Gotofr. V. Lykl. 1. membr. ecl. 21.* non statim etiam in Stellionatus crimine damnatum infamia comitabitur, quia ut in hoc *arg. 3.* proponitur, ad exemplum actionis de dolo introducta est accusatio Stellionatus, unde hoc *arg. 3.* inverti & retorqueri posset.

Ad 4. Resp. non semper dolum infamia coërceri, *arg. l. 2. C. de crim. stellion.* ubi pater scienter, & sic dolose oppignoravit rem filii, neque tamen iste dolus patris, famâ eius coërcetur: Et ut alia taceam, si quicunque ob dolum damnatus, infamaretur, certè inconveniens erit ratio, *Vlp. in l. 1. §. 4. de dolo* cur si dolo admisso alia actione res salva esse possit, actio de dolo danda non sit.

Ad 5. Rationem, quæ est *Freheri d. lo.* 4. relegationem & ordinariam poenam infamiam non infligere, per *l. 22. ff. de his qui not. inf. l. 16. C. eod.*

Ad 6. Quæ est Boceri d. l. Resp. majorem istam esse fallissimam,

cui re-

cui regula *d.l.7.* directè aversatur. *V. xleg. Bachov. ad Tr. vol. 1. disp 8. th. 6. lit. e. inf. ubi.* Bocerum hoc nomine reprehendit & rectè. Hisce igitur rationibus sic ordine profligatis, secundum suprà positam distinctionem nostrorum textuum conciliatio fieri poterit facillime, nimirum si cum Stellionatus crimine concurrat actio civilis famosa; famosum quidem illud crimen est, *d.l. 13 § fin* sin verò non famosa, neque hoc famosum erit, *d.l.2.V.el.g.Donell.d.c.8.* Cui conciliationi tamen hoc unicum video obstare gravissime, quod nullo modo hoc in crimine ad concursum civilis actionis respici debeat, quia ut inquit JCtus actio Stellionatus, neq; publicis, neque privatis actionibus continetur, *l. 1. Stellion.* sed per se ubicunque titulus criminis deficit, exsurgit, *l.3.§.1.d.tit.* & ideo nec à civilis actionis concursu de infamia judicari possit.

Ad quod interim sic respondendum putarim: Etsi verissimum sit, ubi alia accusatio criminalis institui potest, ibi cessare stellionatus judicium prout ubi actio alia civilis nominata competit, ibi nec possit de dolo agi, *per ea quæ in prin. hujus quæst. diximus*: adeoq; hactenus non posse accusationem stellionatus cum simili quavis alia criminali simul & semel instituenda concurrere, *l.53. de O. & A.* quia tamen in una re plures actiones diversæ civilis & criminalis concurrere possunt, *d. l.53. l.7. de publ. jud.* optime sane ex hoc concursu de infamia stellionatus judicari poterit. V. G. Si quis rem alienam sciens oppignorarit, competit in ipsum & actio civilis pignoratitia, & criminalis Stellionatus accusatio *l. 1. inf. pignor. act l 3. Stellion.* quod si jam ipsum criminaliter propterea accusare velim, an ipse posteà Stellionatus damnatus infametur, ex hoc concursu judicandam venit, & quia actio quæ concurrit famosa non est, neque etiam damnatus hoc casu infamis erit, per regulam *d. l.7.* Sed aliter hæc alios dirimere notum est, veluti *Treb. 3. de infam. c. 10. Facr. 4. com. 2. Lykl. 1. membr. 21. Bocer. d. lo. Gilb. Red. 1. enunt. 3.* Quid vero inde? Cuivis genio & ingenio abundare licet suo.

XII.

Conferuntur l. 11. §. 1. de his qui not. inf. cum cap. penult. & ult. de sec. nupt. & ad normam æquitatis examinantur, ostenditurque quænam sanctio sit sanctior?

Confera-

Conferamus ita inter sese hasce duas sanctiones, investigemusque quænam sit æquior justiorve, est enim res quotidiana, & ex usu Reipublicæ. Si qua mulier nequaquam luctus religionem priori viro nuptiarum festinatione præstiterit, ex *Iure Civili* novissimo fit infamis, *ait lex 1. C. d. sec. nupt.* Sed licet hasce nuptias viduæ intra annum luctus, infamia leges civiles plectant, *d. l. 1. l. 1. ff. de his qui not. inf.* ipsæ tamen nuptiæ firmæ & ratæ, indeque nati liberi legitimi sunt, *V. eleg. Donell. 13. cap. 19. inf.* Unde quod in *l. 8. §. 4. in f. C. de repud.* dicitur dari facultas nubendi post annum, intelligendū est, non quod ante non sit, sed quod non impunis *Donell. d. lo.* Etenim leges volunt valere nuptias, sed nihilominus pœnas adjiciunt, (V. G. infamiam, *d. l. 1. & 2. C. de sec. nupt.*) quibus declarent sibi nuptias istas non placere. Hæc *jure Canonico* mutata sunt, quo non tantum ejusmodi nuptiæ consistunt, sed insuper ei mulieri quæ intra annum luctus alteri nupserit, etiam infamia remittitur, *c. penult. & ult. de sec. nupt.* quæritur jam, quænam constitutio sanctior æquiorvè sit? *Donellus* quidem *d. cap. 19.* jus Pontificium hoc in puncto conveniens esse juridivino existimat, propter textum, *1. Cor. 7. vers 39.* ibi *mulier alligata est legi quanto tempore vir ejus vivit, quod si dormierit vir ejus liberata est: cui vult nubat, tantum in Domino*: quo loco *Apostoli* utitur pontifex *in d. c. pen.* Cum itaq; nihil sit turpè factu, quod verbum Dei, regula totius integræ vitæ & morum, nominatim fieri concedit, nullaq; infamia esse possit ubi abest facti turpitudo; jam verò verbum Dei mulierem talem solutam lege prioris matrimonii pronunciet, posseq; cui velit nubere dicat; Et ergò omninò rectè & sanctè *Canones* infamiam mulieri isti remisisse, nonq; debere eam legalis infamiæ jacturam sustinere, statuisse videntur. *Donell. d. lo.* Sed merito acutissimi JCti & aliàs minimè papizantis hunc lapsum dolet ejus enucleator *Hillig. ibidem lit. Z.* nimis enim præproperè occasionem detrahendi juri civili Pontificem *in d. c. pen. & ult.* arripuisse, dictoq; *Pauli* abusum esse, jampridem plurimi ex nostris ostendere voluerunt. Summa ratio est, quæ hic pro JCivili facit, turbatio sanguinis, *l. 11. §. 1. de his qui not. in f.* generationis incertitudo, *l. 53. §. fin. C. de episc. & cler.* superfœtationis periculum, *V. Alb. Gent. de nupt. lib. 6. c. 22. p. mihi 709. pr.* suspicio maleficii, quasi secundus iste vir libarit aliquid anteà, ait idem *Alb. Gent. d. c. 22. in pr.* & etiam reverentia marito debita, *d. l.*

11. §. 3. *de his qui not. inf.* à qua omninò quoq; hæc lugendi ratio dependet, quod aliàs videri posset vel licere nubere uxori, quam certò prægnantem esse constaret, *Vide quæ notat Gotofr. ad. d. l. 11. §. 1. lit. L. de his qui not. inf* vel si intrà annũ luct' peperisset, statim nubere eam posse, *vide quæ notat idem Gotofr. ad l. 8. §. 4. lit. d. C. de repud.* quorum tamen neutrum ob reverentiam & memoriam mariti prioris permissum videri debet. *Gotofr. dd locis* atq; hanc reverentiam eleganter & politicè considerat. *Alb. Gentil. d. c. 22. inpr.* quod nimirum talis mulier odiosa fiet facilè secundo marito, quæ ostenderit, primi memoriam facilè cum vita evanuisse, à cujus nomine tàm festinanter discesserit. Facit hic maximè inextricabilis quæstio, si, quæ humato viro mox nupsit, postea 7. vel 9. mense & sic intrâ annum illum luctus pariat, utrum sit prioris an posterioris viri filius? quæ quæstio ex *juris Canonici* seminariis orta, dispositioni ejusdem etiam relinquenda est, quippè dubia & incerta: *Alciatus* quidem tractat hanc pluries, *9. par. 12. & 3. præs. 37.* & quinq; diversas sententias recitat, veriorem autem & receptiorem eam scribit, ne iste filius ad hæreditatem utrius admittatur; & filius itaq;, qui potest utriusq; esse, neutrius judicetur, *inquit Alb. Gent. d. lo.* Sane probationes & argumenta allegari possunt, quod prioris mariti filius non sit, puta, si ipse ante duos menses peregrè abivisset, inq; itinere mortuus fuisset; vel si constiterit ipsum ante mortem totidem mensibus, infirmitate interveniente, uxori non condormivisse, &c. Possunt itidem multa allegari, quod hujus mariti filius sit, puta, si sub initium 7. mensis partus fuerit editus, vel si vir prior circà tempus mortis ad generandum habilis extiterit, veluti si domi occisus esset, &c. *V. Tiraq in l. 7. connub. n. 52. Boer. decis 168. n. 3. in f. ibidemq; alleg.* Quare cum vix certò hæc quæstio definiri possit expediisset *jus civile*, quoad hunc articulum, intactũ reliquisse, neq; hasce imaturas nuptias permissas esse, quod & illud tot prægnantibus rationibus inductum constitutumq; fuerit. Ad *Donelli* suprà adductam rationem facilis est responsio; & malè ipse ne quid dicam acerbius, ex verbis *Apostoli d. lo.* posse colligi, existimavit nimirum hanc mulierem posse cui velit, *etiam intrà annum luctus*, (quæ ejus verba sunt) nubere: Unde quæso hoc quis colligerit? non dixit *Paulus*, nubat QUANDO velit, sed CUI velit, modo in domino: id est, cum temperantia & decoro non in libidinis affectione, sicuti explicant *Augustin. Marlor, & Theophyl ibidem. V. latè Gerhard. de conjug. tom. 7. th. 18. &*

122.

99. ideoq; nec loquitur de tempore, sed de quæstione, an etiam viduæ nubere possint? & sanè si etiam *Apostolus* STATIM, CONFESTIM, MOX vel alias similes partic. adjecisset, potuisset hæc collectio aliquo modo excusari; & tamen si *Apostolus* aliquam harum adjecisset nihilominus sanius iste locus interpretari debuisset, præsertim cum hæ particulæ tempus modicum non excludant, *argum.* §. *fin. i. de inutil stipul. l. 2.* §. 43. *ad sc. Tertyll. juncta, l.* 10. *C. de legit. hæred.* ubi quod dicitur, debere tutorem à matre peti *confestim*, id est, *intrà annum*, explicatur: neque hanc collectionem *Donelli* fovent, verba: *nubat cui velit*: quod si enim hæc verba præfractè captabimus, & syllabas aucupabimur, nunquid vel ita etiam ex iis inferri posset viduam posse fratri patrivè nubere, quoniam dicit simpliciter Apostolus: *Cui vult*. & ergò prout hisce verbis subintelligendo addendum est; CUI VULT, *& per leges licet*, *argum* §. 1. *j. de jperson.* quidni patri modo hoc, quod Paulus dicit, *mulierem solutam lege prioris matrimonij*, sic interpretabimur, ut ideo quidem iterato nubere possit, sed tamen secundum leges civiles, *arg. d.* § 1. neq; enim sunt, ut malè opinatur *Covarr. p. 2. c. 3. §. 9. n.* 4. Leges civiles in hoc puncto adversæ libertati matrimonii, quoniam nuptias viduarum non prohibent, sed honestas esse volunt, & ideo ad tempus breve inhibent. Probat omninò lex civilis secundas nuptias. *N.* 2. quin etiam viduitatem improbat. *t. t. C. de ind. vid. toll.* quemadmodum & Apostolus vult juniores viduas nubere; quare adhuc libertas matrimonii manet, tametsi ad jus regulata, *arg. d.* §. 1. & omnis libertas cogenda est ad regulas honestatis, *eleg. Alb. Gent. d. lo. & lib. 4. cap. 5. in f.* cum quo concludamus igitur, Paulum Apostolum non legi nostræ civili derogare, sed eorum errori occurrere voluisse, qui secundas nuptias illicitas esse putabant, *V Covarr. d. c. 3. §. 9. n.* 4. non itaque fat benè Pontifex *in d. c. pen. & ult.* locum hunc Apostoli pro ratione adduxit, ut fortè & hic exemplum esse possit istius, quod *Alb. Gent. in d. tr. de nupt. lib. 1. c. fin lib. 5. cap.* 11. *& toties alibi notat*, errari quidem in Jcanonico quandoque in rationibus, sed nunquam in definitionibus. Unde quamvis alias præsertim in materia nuptiarum *jus canonicum* inspiciendum & sequendum sit, hocque hodie etiam quoad hanc quæstionem communiter in practica obtineat, *teste Sichard. ad rubr. C de sec. nupt. num* 14. nos tamen id tanquam ex communi errore profectum, non attendendum, *jusq; civile* hoc in casu præferendum esse

existimamus; verissimè enim Castrensis *in l. 15. C. ex quib. caus. in f. irr. in f.* negavit esse Canonum conditoris tollere leges civiles, ubi non est quæstio de peccato, sed de bonis moribus: & notent, *ait Alb. Gentil. d. lo. lib. 4. cap. 5.* quod dominus morum nec est Papa. Quis igitur ex hac propositorum textuum collatione non videt, sanctiora hic & æquiora esse legum scita, quam canonum?

XIII.

An facinerosi etiam in loco in quo reperiuntur, conveniri possint, & an tum ad locum delicti remittendi sint?

Locus delicti commissi maxime proprius est, actionibus criminalibus, sed tamē præter locum delicti, etiam in eo loco, ubi delinquentes reperiuntur, postulari & damnari eos posse, verum existimamus, quamvis eodem in loco domicilium nullum habeant, cum *Vultei ad l. 1. C. ubi de crim. agi oport. n. 36. Don. 16. c. 17.* quod putamus liquido probari per *d. l. 1. C. ubi de crim.* ex qua constat, reum cogi non solum se defendere de crimine, *ubi id commiserit*, sed etiam *ubi reperiatur*: dicitur, *ubi reperiatur*, simpliciter, omissâ quæstione unde sit. *Sichardus* quidem *& alii interpp. in d. l. 1.* verba hæc *ubi reperiuntur rei*, sic intelligenda dicunt, ubi scilicet reperiuntur rei domicilium habere: sed benè replicavit *Donell. d. lo.* has duas orationes: *ubi reperiuntur rei*, &, *ubi reperiuntur domicilium habere*, nihil habere commune, nihil amplius, quam si, ubi reus reperitur, interpretetur quis, ubi reperitur navigare, fodere, ædificare, &c. quomodo manifesto hæc explicatio vim infert textui, juvat etiam hanc sententiam *l. 3. de offic. præs. ibi malis hominibus provinciam purgare, nec distinguitur unde sint:* hoc est, accusatos oportet prehendere, & de criminibus cognoscere, etiamsi illi non sint inde, ubi accusantur, sed alibi domicilium habeant. Et ergò ex solo loco, in quo reus reperitur, in criminalibus sortitur forum, & adeo ibidem convenitur rectè; cujus insuper non obscura & hæc ratio dari potest, quod rêos criminū quamprimum suppliciis subjici Reipublicæ intersit, ut & hoc quoque contrà rationem disputandi, pro utilitate communi receptum esse, videri possit, *l. 51. in f. ad l. aquil.* sic namque tranquillæ erunt provinciæ ab improbis & maleficis hominibus, *d. l. 3.* satis itaque causæ est, quæ reum subjiciat

ciat Jdictioni ejus loci, ubi reperitur: neque obstat quod in criminali neg..tio accusator rei forum, quod propriè est ubi ille domicilium habet, sequi debeat, per *l. 5. C. de jdict.* siquidem etiam forum ejus est, ubi is reperitur, si & ibi accusetur, *d. l. 1. d. l. 3.* quomodo & benè verbum, *Degit*, quod est in *l. 1. C. ubi de crim.* in qua dicitur, ibi reum conveniri p..sse, ubi degit, hoc est, ubi versatur, ubi reperitur, *d. l. 1.* explicari poterit. Cum itaque delinquens conveniri possit, etiam in loco ubi reperitur, conventum tamen ibi, magistratus loci delicti ad se remitti petat, addubitatur jam, nunquid remittendus sit? Et remittendum esse volumus, cum eodem *Don. d. lo. Covarr. pract. quæst. 11. n. 3.* tum ut ubi contigit malum, ibi moriatur, *c. 19. 2. q. 1.* tum ut ibi vindicetur injuria, ubi plectibilis est orta præsumtio *c. 29. 23 q. 4.* tum ut ibi extet exemplum pœnæ, ubi exemplũ culpæ extitit, per l. 28. §. 15. *de pœn.* tum, quia par est ut satis fiat Reip. quæ per delinquentem in loco criminis commissi læsa fuit, *per l. 9. §. 5. de publ. & vectigal.* tum denique per textum in terminis *in l. 7. § fin. de accusat.* Et sanè manifesto nimis *N. 134 c. 5.* remissionem istam de Jcivili necessitatis esse, probat: Verum hic ambigitur, quomodo Magistratibus alterius Principis remittendi necessi...s imponi possit cum par in parem non habeat imperium, supràque J..ictionem suam jubenti impunè non pareatur? *l. fin. de jdict.* quare sciendum est, hinc 1. d..st..ngui oportere statum reipubl. Romanæ veteris & ho..iernæ, olim, q..a omnes provinciæ uni Imperatori absolutè suberant, etiam remissiones illæ ..x J..vili in uni..ers..sum necessitatis fuere, *d. N. 134. c. 5.* supremus namque Princeps fi.. o..ni..bus suis Magistratibus hanc legem dicere potuit: Sed quia hodiè status unus non ita amplius alteri devinctus est, *Paurm. 2. de jdict. 3. n. 106. & c. 8. n. 100. Math. Steph. 1. de jdict. 30. n. 14.* adeoque ratio faciendæ remissionis cellet, nec igitur ex jam sunt necessitatis, sed urbani..tis eff..ctæ. *Tessaur. decis. 90. n. 3. Vultri ad d. l. 1. n. 82.* ubi tamen sciendum est, hic 2, considerari debere, an judex requirens & requisitus eidem Principi superiori subsint, an verò sint sub diverso imperio & Principe: *Illo casu* remissionum necessitas facilius obtinere, & Princeps superior omnibus suis judic..b. hanc legem dicere posset, & hoc in terris Saxonicis sic servari testis est, *Rauchb q. fin. p. 1. n. 19.* *Hoc verò*, remissiones non nisi urbanitatis sunt nec imperari sed peti solent, *unde Geil. 1. de P. P. 16. n. 30.* fieri eas preca..iò & jure amicitiæ, vicinitatis atq; benevolentiæ, auff einen Reverß/ quod hujusmodi remissio, remittentis Jdictioni non sit futura nocumento, cum

No 3 clausula,

clausula, Magistratum petentem in casu simili idem facturum esse. Ergò Magistratus alius *hoc etiam in casu*, vicino Magistratui petenti libens ac sponte gratificabitur, tum quod ipse idem in simili sibi fieri vellet, tum quod Respubl. etiam diversæ, communi quodam vinculo continentur, tum quod remedio litterarum reversalium ipsi nihil præjudicetur; tum etiam quod æquum sit, judicem eum habere satisfactionem ac vindictam cujus Jdictio violata sit *l. 13. de off. præsid.* tum denique quod & in hoc casu remissionem jubeant rationes supra pro remissione facienda generaliter allegatæ, unde videri posset, non sine ratione scripsisse *Bodin. 3. de rep. 6.* non posse Principem unum, sine summa alienæ majestatis injuriâ, alteri subditum suum reum & fugitivum denegare, additâ ibidem non in eleganti aliæ ratione Politico - Juridica, quod etiam remissione factâ expeditior fiat probatio, cum facilius reperiantur testes in loco delicti commissi, quos posteà cum reis componi seu inter se committi (müssen confrontiret werden) necesse sit: hocce tamen in casu, ubi requirens & requisitus subsunt principibus diversis, de consuetudine non fieri remissiones, probat *Covarr. q. pract. 11 n. 10.* quam consuetudinem, etsi propter jam dicta probare non possimus, eam tamen male accepisse videtur *Fachin. 9. contr. 23.* quasi ex ea delicta manerent impunita, siquidem citra remissionem alius magistratus reum punire potest, atque debet. *Regeris Fachin. d. lo.* Atqui hoc fieri non posse, quia Jdictio deficiat. Resp. eam minime deficere, forum namque in criminalibus ex solo loco, ubi reperitur, reum sortiri, jam ante in *pr. hujus quæst.* evicimus. Commodum tamen hic admonebimus judicem delicti, ut remissionem hanc à judice loci, & petat, *V. Covarr. pp. q. c. 11. n. 5. vers. quarto. Toming decis. 5. n. 9. &* 10. & quidem tempestive, nimirum antequam alter judicium incipiat, sententiamve ferat; quippe tum difficilius impetrabitur remissio, pro ut argumento sunt, *Don. 17. c. 16. Fachin. 9. c. 21. Covarr. d. q. 11. n. 6. Vultei. ad d. l. 1. n. 32. Math. Steph. d. c. 30. n. 15.* quorum litem nunc non dirimemus.

In Jure Publico & Privato,

Partis II.

PERICULUM III.

Quod subivit

Johannes Witschive / Hagâ Schaumburg.

Quæstionum Academicarum XIV.

Disputantur quædam de Polygamia, ejusque speciebus, de quibus tamen litem nostram præfractè non faciemus, licet hîc levis quædam hallucinatio non inferat jacturam fidei & salutis.

Gerhard. de Conjug. tom. 7. th. 224.

DUÆ sunt Polygamiæ species: *Prior*, quoties duæ uno tempore habentur uxores: *altera*, quoties priore mortua, altera ducitur: illa dicitur *simultanea*, hæc *successiva* Polygamia. *Bellarm. lib. de sacram. matrim. cap. 10.* est tamen hæc impropriè dicta Polygamia, tum quod matrimonij unitati haud adversetur, tum etiam quod hæc successiva Polygamia tàm sit verbo DEI concessa quam unitas conjugij, *Rom. 7. vers. 2. 1. Cor. 7. v. 39. 1. Tim. 5. ver. 14. Tarnov. de conjug. lib. 2. cap. 17.* & licet δευτερογαμία ubique divino & humano jure permissa licitave sit, quod multis docet & ostendit *Gerhard. tom. 7. de conjug. th. 178 & seqq. ad th. 188. Tarnov. d. tr. lib. 1. cap. 28. & multis seqq.* attamen μονογαμία non solum apud Ethnicos in majori honore fuit, priorque locus semper univiræ datus. *V. Robert. 1. animadv. Iciv. cap. 2 inf. Trebell. Pollio in vita Titi, & ibi eleg. Causabon. Alb. Gent. 6. de nupt. 22 in m. Arnis. de connub. cap. 5. sect. 3. Valer. Maxim. lib. 2. cap. 1.* Sed etiam apud Christianos majoris aliàs perfectionis studiosos, qui ut virgines uxoribus, ita

bus, ita viduas secundo nubentibus præstantiores esse crediderunt, præeunte Apostolo 1. *ad Cor. 7. ubi in f. additur, beatior autem erit (vidua) si sic permanserit, &c.* Si tunc *beatior* est, cum vidua manet, ergò si non maneat, *beata* tamen dici potest, inquit *Robert. d. cap. 2. in f.* atque hinc effectum videri potest, ne bigami ad sacros ordines promoverentur, ut habetur in Canonibus qui dicuntur Apostolici, *Can. 16.* & secundum quem Impp. Theodos. & Valent. *in l. 3. § fin. C. de summ. trin.* Itanecum episcopatu, quē post binas & iteratas nuptias contrà Apostolicos Canones consecutus erat, dejici jubent, qui ideo *Canon. 16.* de iis qui simul plures uxores habuerunt accipi non potest, cum & Polygamia simultanea L L. Romanis gravissime tum fuerit prohibita *L. 2. C. de incest. nupt.* Atq; hæc licet quidem ex parte rectè ab initio à Christianis ita habita & credita fuerint, male tamen ulterius, quam par erat quidam hic progressi videntur, qui nimirum posteà secundo nubentibus pœnitentiam indixerunt, vide *Can. 8. caus. 31. q. 1* quin imo licet alius nimis etiam contra ipsas secundas nuptias disputarunt, ut *Tertull. & Hieronym.* brevitatis gratiâ vide *Albert. Gent. d. c. 22. Bezam. tr. de polygam. & latiss. Gerhard. d loc. th. 19. Tarnov. d. c. 28.* quo & forte referri potest, quod Impp. in *L. 3. § 1. C. d. secund. nupt.* fœminam per secundas nuptias funestari dixerunt, parum honeste, annotante etiam ibid. *Gotofredo in not. confer. N. 22. c. 43.* ibi animam defuncti mariti iis nuptiis contristari, *N. Leonis 90.* Durius adhuc tamen Jcanonicum de secundis nuptiis loquitur, vide *d. c. 8. caus. 31. q. 1. cap. 9. causa & quæst. iisdem* ubi dicitur, secundam uxorem accipere, secundum præceptum Apostoli licitum esse, secundum autem veritatis rationem vere fornicationem esse, sed honestam, &c. Sed rectè judicat *Bellarm. lib. de matrim. cap 9.* opus illud, ex quo *d. Can. 19.* desumptus, esse alicujus heretici, vel ab hæreticis corruptum, cum multa contineat pugnantia cum doctrina Orthodoxa, quod vero ipse *lib. 1. de concil cap. 8. d Canon. 8.* vult intelligere de iis, qui plures simul uxores habere volunt, non approbo, quia in adulteria majori severitate, animadvertendum fuisset, *V. Gerhard. p. tr. de conjug. th. 192.* Plane hoc improbandum est, quod Jcanonicum secundis nuptiis Ecclesiasticam benedictionem deneget, *cap. 3. de secund. nupt.* pluresque uxores successive ducentes, ad ordines sacros non admittat: *t. t. de big non ordin.* & licet etiam in hoc *Bellarm. d lib de matrim. c. 9. & lib. de cleric. cap. 24.* Jcanonicum excusare tuerique voluerit, nescio tamen an bene; Jus Civile quidem quoque bigamos à sacris ordinibus

arcet, per

arcet, *per loca supra citata*, sed tamen, & secundas nuptias benedicendas esse, si modo verum atque legitimum matrimonium sunt, sicuti omnino, ipso fatente *Bellarmino*, sunt, magis pie affirmabimus, *V. Tarnov. d. tr. de conjug. lib. 2. cap.* 18 & etiam bigamos ad ministerium verbi admittendos videri, si modo iteratæ nuptiæ per se piæ, honestæ atque legitimæ sunt, sicuti ipso itidem *Bellarmin.* dicente, omninò sunt, potius modestè statuemus: est dura namque vox *Bellarmini lib. de cleric. cap.* 24. §. 13. magis prohiberi in Episcopo deligendo bigamiam (successivam) quam adulteria & concubinatum, *vide cap. 6. de dig. non ordin. elig. V. Tarnov. d. tr. lib. 1. cap. 20. 21. & multis seqq* ubi masculè se *Bellarmino* opposuit: licet interim non diffiteamur locum *Apostoli 1. Corinth. 7.* à Chrysostomo, Ambrosio, Theophilacto, Theodoreto, & aliis Patribus unanimi consensu ita acceptum & explicatum esse, ut etsi secundas nuptias non posse damnari, scripserint, tamen primas sub benedictione DEI celebrari sublimiter, secundas autem concessas esse propter incontinentiam, affirmarint, *V. Gerhard. d. tr. thes.* 188. *& thes.* 191. Et ergo quamvis viduam quæ secundum matrimonium amplectitur, non esse omnino beatitudine destitutam, fateantur, beatiorem tamen ducunt hanc, quæ se contineat: ex quibus aliquatenus excusari possent Leges & Canones, prohibentes, ne qui post primæ uxoris obitum alteram duxit, ad sacros ordines admittatur, nam cum Ecclesiasticus status sublimior & excelsior sit, etiam maximè perfectiores & continentiores ad hunc aspirare debere, videri posset, *arg. L. 3. §. 2. pr. de del. ur.* sed hoc Theologis relinquimus. Hæc breviter de polygamia impropriè sic dicta, successiva scilicet.

Polygamia propriè sic dicta, *Simultanea* est, cum simul & uno tempore, plures uni conjunguntur, sive plures fœminæ *uni viro*, sive plures viri *uni uxori*: proprie tamen polygamia refertur ad uxorum pluralitatem, quod enim una uxor simul multis nupserit viris, nulli genti usurpatum fuisse historia testes est, forte quod hanc polygamiæ rationem & generationi sobolis, & administrationi domesticæ, adversari omnes gentes probe viderint, nisi tamen quispiam huc referri posse putet, perversos veterum *Lituanorum* mores, apud quos licebat nobilioribus matronis, *matrimonii adjutores* (coadjutoria ingrata) suis maritis adsciscere, teste *Aen Sylvio, cap. 26. referente Gerhard. tr. th.* 176. è contra vero polygamiam alteram, ut plures mulieres uni viro sint nuptæ, tum quia

nec administrationi domesticæ, dum unus vir omnibus imperat, tum quia neque generationi prolis obsit, imo plures ita liberi generari possint, apud plurimas gentes passim frequentatam fuisse, eadem Historia testis est; Polygami fuerunt, *Iudæi, Persæ, Thraces, Ægyptii Ætiopes* plurimique alii populi, tam in Oriente, quam Occidente, *V. Arnis. de jure connub. cap. 4. sect. 3. Thuan. l. 18. histor. Iustin. lib.* 14. & sunt hodieque Turcæ, *teste Busbeq. epist. 3. de reb. turcic.* de hac igitur polygamia breviter quoque agemus, & quæri potest de eâ: num jure divino humano-vè admitti debeat? Et respondemus, non admitti, & dicimus nos eam esse omni jure inhibitam. Non ignoro Bellarminum *de matrim. cap.* 10. & novissimè Sandeum *in them. secularì de secta protestant. deser. thes.* 132. Luthero quoque tribuere, quod ipse polygamiam approbarit, inque Christianismo permiserit; sed eum tamen vindicarunt *Tarnov. d. tr. lib. 2. cap. 19. Gerhard. d. tr. th.* 202. *& seqq.* mihi hic sufficit, ex Theologis nostris hoc didicisse, Lutheri litteras non ut Canonicas habendas, sed ex Canonicis considerandas, & quod in iis divinatum scripturarum auctoritati congruit, cum laude ejus accipiendum, quod non congruit, cum pace ejus respuendum esse, *Gerhard. d. loc. thes.* 130. Est itaq; *jure humano* uxorum pluralitas prohibita. Neminem qui subditione sit Romani nominis, binas uxores habere posse, vulgo patet, inquiunt Impp. *in L. 2. C. de incest. nupt.* constat igitur, nec eandem duobus nuptam esse posse, nec eidem licere eodem tempore duas uxores habere, *ait Imp. in §. 6. j. de nupt.* Quid quod uxorem habenti, concubinam apud Romanos habere non licuit *V. L. un. C. de concubin.* & quod magis mirere, unicam tantum concubinam, non plures: *V. Cujac. ad n. 18. c. 5. n. 89 c. 12. §. 5.* unde patet Jcivile simpli. iter prohibere plures uxores, pluresq; concubinas, ut proinde insulsè & stolide hic exceperit impurus *Ochinus*, Jcivile tantum hoc velle ut unica sit quidem mater familias, sed bene tamen cum illa plures haberi posse concubinas: *vide Bezam de polygam p. 20. arg. 3.* De Turcis simile quid scribit *Busbeq. epist. 3. p. 136.* quod ipsis ad justam uxorem pellices tot assumere liceat, quod libeat, hoc tamen pacto, ut una nox singulis hebdomatibus diei Veneris apud eos festi, uxori reservetur, qua sine querela defraudare eam maritus non possit, cæteræ verò noctes ejus arbitrii sint; atque hinc fortassi *Ochinus* responsionem hanc didicit.

Repu-

Repugnat eadem *iuri naturali*: Si enim naturæ rationem quæramus, ipsa generatio non perficitur, nisi ex duobus; si amorem conjugalem, solidus inter duos tantum esse potest, *V. Aristot. 8. Eth. 6.* nam si vir pluribus potestatem animi facit, sacrilego furto detrahendum est priori uxori tempus & affectus, quem in novas impendat, *inquit Euphormio in satyr. p.* 191. nec sic erit individua vitæ conjunctio, si marito pluribus adhærere permissum est: & videmus ex columbis, cornicibus & aliis animalibus, quod unus mas uni tantum fœmellæ conjungatur, ut vel hinc Naturam ipsam, polygamiam abhorrere, elucescat, differente ita *Conan. 1. com. 4 n. 5.* Cæterum licet fortassis tentari possit, polygamiam hanc juri naturali contrariam non esse, ex eo quod nec repugnet administrationi domesticæ, inserviat generationi, unde jam suprà diximus, propterea istam gentium plærarumque moribus licitam usurpatamque fuisse, *V. latè Arnis. d. loc.* etiamque sancto populo, Patribus, Prophetis & Regibus placuisse; attamen potius expedit dicere, magis unitatem matrimonii juri naturali convenire; sunt nihilominus, qui quidem polygamiam ex parte uxoris, id est, qua una fœmina multis viris nubit, juri naturæ repugnare, sed non polygamiam ex parte mariti id est, qua unus maritus multas ducit uxores, hinc existiment, *V. Bellarm. de matrim. cap. 10. Gerhard. d. tr. thes. 215. 216. 217. Arnis. d. tr. cap. 4. sect. 5. n. 8.* Sanè cum virtus viri finita sit & à natura ad certum terminum contracta, *V. Aristot. 7. polit. 16. Platon. de republ. lib 5.* quo ergo ipse pluribus adhæret, eo citius generare desinit: Et est quoque hæc polygamia litium domesticarum & rixarum seminarium, non inter ipsas uxores rivales tantum, sed etiam inter liberos ex ipsis ut diversis matribus, natos, *Vide eleg. Arnis. de Iconnub. cap. 4. sect. 4.* Hodiè omninò unus vir non sufficiet multis uxoribus, quin corpus exhauriatur, quicquid etiam contrà eleganter hic disserat *Bacchov vol. 2. disput. 6. thes. 7. lit C. p. 296.* præponderat siquidem (liceat ita jocari) epigrammatis Ovveni veritas, lib. 2. epigram. 235.

Debitor uxoris quis non? solvendo quis autem?
Vxori solidum solvere nemo potest. l. 114. de V. S.

Quod si itaque consideraverimus liberorum & familiarum certitudinem, si parentibus honorem d bitum, tollendus erit maritorum aut uxorum ille numerus, ait *Gotofr. in not. ad l. 7. C. de Iudais.*

Est eadem jure divino Novo prohibita *Matth. 19. v. 8.* suam quisque uxorem & proprium quæque virum habeat, inquit *Apostol. 1. Cor. 7. vers. 2. Menoch. de arbitr. jud. cap. 410.* quod quia castæ mentes omnes fatentur, non opus plures ad hoccitare textus: miris tamen modis conatus est impurus *Ochinus in dial. pro polygam.* hosce locos nobis extorquere, itaque retudit eum *Beza de polygam. p. 21. Gerhard. d. tr. th. 207. Tarnov. d. tr. cap. 21. & seqq.* ut jam duæ Jacobi uxores gregesque concubinarum Salomonis ad Christianos in N. T. non pertineant, ait *Gotofr. in d. loc.* sed an quoque jure divino veteri Mosaico sit eadem prohibita dubitari magis posset? quod dilectæ & exosæ uxoris, *Deut. 21. vers 15* & plurium uxorum, *2. Sam. 12. vers. 18.* mentio fiat. Verum cum in rebus controversis ad initia recurrendum sit, ab initio autẽ ita non fuisse constet ex *d. Matth. 19. vers 8.* & notum hoc sit; Erunt duo in carne una, *Gen. 2. vers. 23.* ideo existimarem, & Legem divinam antiquam, & Evangelicam offendere eum, qui hodiè duas eodẽ tempore habet uxores: excitatur tamen difficultas, quod etsi, ex prima Lege conjugium fuerit conclusum inter duas personas tantum, attamen Sanctos Patres ab ordinatione isthac divina recessisse: Hos alii Patres prorsus excusant, quasi *dispensatione* Dei tutos; si unquam enim licuit polygamia, licuit certè mundi initio, quum tunc necesse etiam fuerit sororem à fratre duci: alii peccasse quidem fatentur, ast culpam eorum elevant, quamvis homines etiam nonnullos hac in re fuisse minimè diffiteantur, *V. Arnis. de Iconnub. cap. 4. sect. 2 n. 8.* Salomonem tamen à magna incontinentia frustrà excusari, putavit *Beza de polygam. p. 6. in f.* quem etsi sic vixisse ut amantissimus, sic scripsisse tamen ut omnino capitalis fœminarum hostis fuisse videatur, dicit *Bod. 1. de rep. 3. ferè in pri. pag. 22.* Ego approbo eam de polygamia Patrum sententiam, quæ affirmat singulos cum singulis uxoribus vixisse usque ad Lamechi Caini trinepotis ætatem, qui primus duabus maritatus, tres in unam carnem effecit, *Gen. 4. vers. 19.* quem postea alii quoque fuerint imitati: Et quia exemplorum multitudo effecit, ut polygamia quandam rei indifferentis veluti speciem induerit, Patriarchæ quoq; eum sunt secuti; qui etsi ideo, quod quando mos erat, crimen non erat, *C. obiiciuntur. 32. q. 4.* excusandi videantur, cum vel maximè probabile sit, illos respexisse in divinam promissionem de multiplicatione generis Israelitici, ac proinde non concupiscentia percipiendæ voluptatis, sed providentia propagandæ successio-

nis, plu-

nis, plures sibi uxores adjunxisse, *d. c. obyciuntur*, non tamen exempla efficiunt, quo minus peccata sint peccata, & ergo nec existimandum est, sanctos Patres omni planè nævo caruisse, quamvis levior est eorum culpa, qui hominum alioqui Sanctorum exemplis peccant, Posteà DEUS etiam Polygamiam in populo suo per quandam conniventiam toleravit, ratione qua & libellum divortii, quem tamen nunquam simpliciter probavit, *Beza de polygam. p. 7. Menz. tr. de conjug. p. 22.* Et ergo duriusculè, ne quid dicam gravius, loquutus est *Hunnius*, DEUM Polygamiæ esse auctorem, *vol 1 resf. Tr disp. 8. q. 29.* Sobrie magis loquitur *Meisner in phil. sobr. sect. 2. c. 5.* licet & ipse, Polygamiam Patrum, peccatum DEO exosum fuisse perneget. Cæterum etiamsi Patres non legamus de Polygamia fuisse reprehensos; Esto hoc, nec etiam exempla actæ de illa pœnitentiæ: non consequitur tamen nullum in ea re fuisse peccatum, *Menz. d. loc. Arnis d. loc. cap. 4 sect. 2. n. 27, Vide latissimè Gerhard. sæpè d. tr. th 221. & sqq.* Quicquid sit, sive de dispensatione & permissione, sive de tolerantia DEI in Polygamia veterum, hoc certum est, conjugium ex prima sui institutione esse unius maris & unius fœminæ conjunctionem, *inquit Chemnit. p. 2. exam. de matrim sess. 24 Can. 2.* neque nos itaque morose obloquemur, tametsi quis sequi contrarium voluerit, cum hæc res quæstionis sit, non fidei.

XV.

An maritus uxorem refractariam verberibus coercere possit?

MIrabile affectus conjugalis testimonium de Moschis, refert Giphad l. 8. C. de republ. scilicet verberationem servilem & malam tractationem apud Moschos esse signum summi amoris, vel, ut elegantius loquitur Euphormio *in Icon. anim. cap. 8.* uxores virorum in se benevolentiam ex verborum numero æstimant, nunquam melius suo judicio habitæ, quam cum in sæva ingenia incidecunt; ubi ipse lepidam de Germano quodam in Moscorum regione uxorem ducente, historiam subjicit. Planè aliter censorius ille Cato, qui percutere uxorum sacrilegium putavit. *Plutarch. in ejus vita*, ut videri magis posset, sententiam negativam veriorem esse: 1. Quia maritus debet uxori pietatem & affectionem *L. 41. pr. de leg. 1.* pietas autem non consistit in atrocitate aut fu-

stibus *l.5 de parricid.* sed in communione bonorum & malorum, *l. 22. §. 7 sol. matrim.* ipsa quidem etiam uxor marito debet reverentiam, *l.1. §.7. c. d. re ux. act.* non tantum verbis, *l. 88. §. 2. de legat. 2. d. l. 57. de donat. int. vir.* Sed re ipsa exhibendam: *L. 48. de oper. libert.* quam si tamen contumaciter nec exhibeat, neque monitis blandis severisque quicquam commoveatur, ideo minimè verberanda erit, quippe pervicax ingenium pugnis non flectitur, sed exacerbatur, *Donell. 10. com. 31.* 2. Exceptio confirmat regulam in casibus non exceptis, jam verò in certis & paucis tantum causis vir potest uxorem acriter verberare & flagellis castigare, *V. Nov. 17. c. 14. juncto c. 8.* Ergo iis exceptis, in aliis haud poterit. 3. Mulier est mariti socia *l. 4. de crim: expil hered.* particeps divini & humani juris, *l 1. de rit. nupt.* socii autem inter se jus fraternitatis habent. *l. 63. pro socio* inter quos discordia nuda, nedum verbera, est summo studio cavenda *l 6. §. 2. in f. C de bon. qualib.* multo magis itaque inter conjuges: Hinc eleganter inquit *gl. in c. ult. vers. costa 33. q 5.* mulierem non ex capite viri produxisse, ne heræ sibi partes arrogaret, nec ex pede, ne serva planè videretur, sed ex costa, ut lateri adhærens socia foret marito Quapropter si atrocius verberata & indignus habita fuerit, non quidem injuriarum famosam, sed verbis temperatis in factum actionem habebit, *Tiraq. l. 1. connub n. 24. Covarr. p. 2. c. 7. §. 5. n 2. Menoch arbitr. casu 364.* & qui hanc negativam cum Donello defendunt, illi dictum N. Aurelii Imp. valdè commendant, quod quidem uxor admonenda sit sæpè, reprehendenda rarò, violentis manibus tractanda nunquam, sed hæc ab illis facilius dici, quam ad usum transferri possint, rectè ait *Beust. d. matrim. cap 9.* Et imò contrarium videri posset, cum *Arniso 1. polit. 3.* statuendum esse, qui potius omnibus tentatis, verbera concedenda putat, si petulantia verbis retundi nequeat, quod scilicet extremo malo extremis sit occurrendum remediis, tametsi libenter fateamur rarò prosperè cedere hoc remedium, quare salutariter scripsit & monuit *Tiraq. in l. 8. connub. n 17.* maritum tutius facturum, si jure illo quam parcissimè, aut potius planè non utatur, *vide & Clar §. fin q. 56. n. 2.* Interim omnino marito permissum putamus uxorem corrigere, & ex justa causa leviter verberare, *arg. l. 5. § fin. ad l. aquil.* & quid ni permissum esset, cum ex jure divino & naturæ mulier viro subjecta sit, docente *Arist. 1. polit. 2 Tiraq in d. l 1. connub. n. 22* quin adeo ut lex divina non tantum subditas eas viris, sed penè famulas esse voluerit. *c. satis. 33 q. 5.* Moderata itaque castigatio maritis permissa, sed nimia sævitia immoderataq; verbe-

ra pro-

ra prohibita erunt, *arg. L. 6. ad l. Aquil.* cum & aliàs impetus facile sævientis viri retrænandus sit, *l. 22. in f. de adult.* Et hanc immoderatam, atrociorемque castigationem non permittendam esse, *prædictæ rationes* pro negativa allatæ tantum concludunt: quamvis nonnunquam acriori paululum remedio utendum esse haud diffiteamur, præsertim ab initio contra eas, quæ cum marito de imperio domestico concertare student, ubi valet regula; *Principiis obsta*, ne alias postmodum in hunc maritum, tanquam Citharœdum γυναικοκρατούμενον, sic bene ludatur:

> *Turpe sit Imperium & gravis Oblectatio, quando*
> *Sceptra tenet mulier, Plectra maritus habet.*

Quomodo tamen imperare maritus mulieri debeat (nimirum non ut dominus rei possessæ, sed ut animus corpori, sic ut lætum & officiosum ejus fiat imperium) scite *videbis apud Guaz. de civ. conversf. l. 3. p. 431. & seqq.* Et jamdudum obscuri capitis ingratum illum versiculum:

> *Nux, Asinus, Mulier, simili sunt Lege ligata,*
> *Hæc tria nil recti faciunt, si verbera cessant.*

reprobavimus sicque reformavimus.

> *Nux, Asinus, Campana, Piger, sitene verbera cessant:*
> *Hæc dura, hic tardus, hæc tacet, ille jacet.*
> *Sed simul ut ferri plagam sensère vel ulmi,*
> *Hæc cadit, hic perdit, hæc sonat, ille fluit.*

Cæterum de ipsa quæstione hac latius Politici, quibus adde *Hunn. ad Tr. vol. 2. disp. 6. th. 7. lit. l.*

XVI.

An etiam fœminæ ad IMPERIUM admitti debeant?

Politici hic certant, & adhuc sub judice lis est, prout passim videre est *ex discursib. Acad. de Ipubl. ab Aramæo compilatis*. Nos sanè in *quæst. præcedent.* Fœminis domesticum imperium in viros denegavimus, nunc tamen videndum, si admitti ad Imperium in Republ. possint? Equidem *Lipsius 2. polit. 3. in f.* post alios minorum gentium Politicos hanc regulam ponit de fœminis, eas sceptri esse capaces, nisi Lex vel mos patrius vetet, uti in Gallia, ita volente & jubente *Lege Salica*, quæ Lilium Gallicum in colum

& fusum

& fusum cadere non permittit. *Hottom in Franco Gall. cap 9 & seq.* quæ q; nomen traxisse videtur ab aula. Saal enim vel sale, Francico idiomate Aula est. Terra Salica Saalguth/ Hoffguth/ab aula vel Principe dependens: eodem sensu Saalrecht, Lex salica. *V. Besold. de reg. success. diff. 11. th.* 6. aliter vide *ToloZan. 7 de rep. 11. num* 97. Ego verò cum *Bodino 6. de rep. 5. p. 1154.* aliisque majorum gentium Politicis, hanc potius regulam ponendam esse existimo, fœminas non esse sceptri capaces; nisi Lex vel Mos patrius eas expresse admittat, uti in Anglia talem consuetudinem receptam videmus, & in regno Hispaniæ, Navarræ, &c. *Vide Choppin de domin. reg l. 3. tit. 1. Sleidan. in descript. Gallia præfixa comment. Cominai.* Et ergo nos ab Imperij majestate quam longissimè fœminas arcendas putamus, hujusmodique Legem aut Morem, fœminas admittentem, naturæ & rationi esse quasi contrarium, quinimò non benè se habere, *citrà tamen cujusvis prajudicium*, statuimus. Naturæ talis Lex vel Consuetudo est quasi contraria, tum quia natura fœminam mari tanquam præstantiori subjectam esse voluit, non secus atque appetitum rationi, servum domino, beluam homini: *Disputante ita Aristot. 1. polit. 3.* ad quem viri primatum judicose allusit *Oven. lib. 10. epigr. 37.* Ità:

Cur Deus Omnipotens ex Conjuge condidit Evam?
Congeneri ne se diceret esse parem,
Si Terrâ prognata foret, soror esset Adami;
Seq; parem fratri crederet Eva soror.

tum, quia ut constat ex *C. 15. caus. 33. q. 5.* fœmina dicitur servire viro communi lege naturæ, tum etiam quia & ex jure naturæ, quod brutis commune dicitur, prærogativam quandam sexus masculinus habet, quam adstruit *Plinius lib. 4. cap. 3. eleg. Tiraq ad. L. connub. 1. n. 3. & seq.* tum denique quia Deus ab initio statim fœminam viro subjecit. NB. & licet istud ad Imperium Oeconomicum quis referre velit, exinde tamen nihilominus diversitas utriusque sexus, maris & fœminæ, DEO ipso sanciente, apparet, qua intellecta & quod ea auctore DEO firmata sit, rectè jam hoc ad Politicum Imperium accommodatur, ibique quoque diversitas hæc observatur. Unde patet non rectè se habere Legem Justin. qua qui tales differentias inducunt, quasi naturæ accusato res existere, dicit *l. 4. C de lib præterit.* non enim maris & fœminæ parem esse de naturæ rationem ex jam dictis satis constat. Et licet concedi possit, Justinianum rectè sanxisse, ut

[illegible]lle, ut in materia *successionis*, par debeat esse utriusque sexus conditio, non tamen ideo ubique parem esse debere consequitur, sed potius ut Galli Legem [illegible] in *regia successione* str.ctim servare debent, secus *in privata. V. Cujac.* 8. O. [illegible] hanc Legem Justin. 4. c. si quidem in bonorum, non etiam [illegible] imperiorum successione servare debemus. Et ut maximè natura [illegible] quæque producat, non tamen propterea *in omnibus eodem jure* [illegible] uti vult aut sancit natura; aut sanè ipse D. Justin. quasi naturæ accusator sæpius extitit, *arg. L.* [illegible] *C. qui pot. in pign.* ubi etiam in masculorum præjudicium juris sui quæsiti fœminis favet; & *Nov.* [illegible] *cap.* 10. [illegible] fœminam adulteram omninò à pœna capitali absolvit, cum tamen Lege DEI pœna æqualis sit mari & fœminæ, &c. aut ita etiam omnes [illegible] boni *Legislatores*, qui justissimis ex causis; non tantum in successionibus, sed etiam alibi, prærogativa masculos uti voluerunt, judice Justin. accusatores erunt naturæ. Et notissimæ sunt etiam inter ipsos masculos prærogativæ, jura primogeniture, proti[illegible]iscos, &c. in ipsa Lege DEI, & natura [illegible], de quibus infra. [illegible] quoque aberrare *Tholozan. 7. de rep.* 11. *num.* 23. ex Lege divina [illegible] ostendere volentem, maris & fœminæ parem esse debere [illegible], locus *Genesis. d. cap.* 3. *juncto ad Colos. cap.* 3. *vers.* 18. [illegible] Nunc si verum est, quod ipse *d. num.* 23. dicit, etiam mu[illegible] principatum in homines de Jdivino admissum esse [illegible] res Politici omnes, in libera *Electione* semper præferen[illegible], admoneant? si æquè principatus & dominatio ad [illegible] pertineret, hæc omninò admonitio iniquissima foret. Verum cum in *Electione* debeat imperium melioribus injungi, *arg. L.* 7. *pr. de decur.* & eligi dignissimi, *L.* 46. *C. de decur.* major verò dignitas & potentia sit in sexu virili, *L.* 1. *de Senatorib. Aristot.* 1. *polit.* 8. hinc est, quod in ea fœminæ semper prætereantur: & cum quod in *d. L.* 1. dicitur, omninò generale habendum sit, rectè quoque eædem à *successione in imperio regulariter exclusa videbantur.* Est etiam talis Lex vel consuetudo *rationi* quasi contraria, tum quia cum illud imperium rationi conveniat, quo præstantior imperat inferiori. ipsa vero experientia teste & omniũ politicorum sententia præstantioribus dotibus natura masculos ornaverit, *V. latißin & Tiraq. in l. connub.* 1. *num.* 55. *& seqq.* omnino hæc Lex, quæ fœminas ad imperium admiserit, rationi adversa erit; tum quia cum Lex divina, ut

 suprà

supra diximus, fœminam subjecerit mari in imperio Oeconomico, tanto minus rationi congruet Lex patriæ, quæ eam in imperio politico maribus præfecerit, cum & aliàs facile fœminæ ad imitationem imperii sui in Republ. præripere possint imperium Oeconomicum in familia, quod exemplo perniciosum foret, ut ait *alibi Ictus.* Und [illegible] wol der Hundt an dem Leplein lernen Leder zu fressen / ait Luther. in Pr[illegible] von Ehesacken. Facit quod fœminæ de Jcivili & communi arceantur ab officiis publicis *L. 2. de R. I.* ubi de conditionibus fœminarum ex Jcivili eleganter videbis *Petr. Fabrum ibid.* cum vero id commune v[illegible] prudentium consultum atque decretum fuerit, *arg. L. 1 & 2 d.* [illegible] quomodo non ex firmis rationibus profectum videri posset? & quidem hisce, tum propter judicii imbecillitatem, qua dicente [illegible] fœmina etiam contra propria commoda laborare dig[illegible]itur, *l. 1 &* [illegible] *ad Sc. Velles.* tum etiam verecundiam muliebrem, cui non conv[illegible] inter cœtus virorum quotidie in publico [illegible] & de[illegible] quæ Politicorum est ratio, quia τὸ [illegible] ἡγεμονικώτερον: atque hæ rationes contra legem, fœminam æque ac marem ad publica fastigia evehentem, valde militant, eamque *neq; benè se habere*, indicant quod postremum & inde ostendi potest, quod fœminarum imperia consequantur etiam incommoda quædam politica, præsertim circa matrimonia, per quæ plerumque imperia in alienam familiam & nationem transferuntur; Et *Thuanus lib. 16. histor.* exemplis ostendit, semper in Gallia exarsisse motus, si quando fœminæ rerum clavo admotæ fuissent, quem *eleg. d. lib vide, adde Hottoman. in Franco Gallia*, atque isthæc malorum mater *Legem Salicam* peperit. Vere igitur & facete Aventinus, cujus verba allegat *Bachov vol. 1 disp. 8. thes. 2. ad Tr.* So bald die Weiber regieren / bedeutet es nichts guts / man schawe nur darauff / es gehet an ein Verderben: Item de Ægypti regno: Es war schon [illegible] zuvor beschlossen / daß es zerbrochen solt werden / darumb muß es [illegible] auff ein Weibs Bild fallen. adde Esaiæ cap. 3. ver. 4. 12. [illegible] Und Weiber herrschen uber sie: Sublimitant tamen hæc, quæ [illegible] plurimi, filiis deficientibus masculis succedere posse in imperio fœminam, [illegible] jure Feudali [illegible] similiter fit, *arg. 1. F. 1 §. 3. 2. F. 8. §. 2.* [illegible] fœminis tribuantur, quid habent prædia cum jure Majestatis [illegible]nione? [illegible] *Bod. d. c 6 p. 1167* & ipse *Tholos. an. d. c. 11. n. 34.* [illegible] bis hic dissentiat, ait, non omnem principatum Feudum esse, [illegible]

minatio-

[illegible] tionem [illegible] feudalibus obnoxiam, ut fruſtra hic de Lege Feudorum [illegible], &c. Et poſſet tamen hoc magis inverti: [illegible] ut fœminæ ad ſucceſſionem feudalem aſpirare non poſſunt, ſi maſculi extent, [illegible] num 37. *Weſenb. conſ.* 74. *n.* 22. etiamſi per copulam ET, [illegible] und Weibliche Erben/ vel Sohn und Tochter/ aut per æ[illegible] [illegible] ulis ſint conjunctæ, *Goedd. conſ. Marp.* 25. *num.* 110. *vol.* 1. [illegible] *num.* 46. *& ſeqq. ubi ipſe tres tamen caſus rectè excipit.* Ita [illegible] imperium aſpirare, *maſculis agnatis ſcilicet extantibus*: non [illegible] in Feudis ſuccedit fœmina, niſi expreſſe pacto in inveſtitura [illegible] ; *Feudiſtæ communiter.* Ergo neque in imperio, niſi Lex [illegible] eam expreſſe admittat, quem interim morem aut Legem [illegible] ſe habere, exiſtimamus: non adeo tamen [illegible], [illegible] fœminas [illegible] *extantibus agnatis*, admittamus: unde licet in noſtro quoque imperio Feuda regulariter ſint maſculina, atque adeo ad fœminas non tranſitoria, tamen ex conſuetudine, Ducatus, Marchionatus, & Comitatus in hunc [illegible] adipiſcuntur. De Archiducatu *Auſtriæ* teſtatur conſtitutio *Frider.* 2. *de jure ac privil. Ducum Auſtriæ* §. 12. [illegible] *t.* 1. *conſt. p.* 86. de Ducatu Juliacenſi & Clivia, [illegible] n 8 *& ſeq.*

Quæ [illegible] tamen contrarium defendet, & ad imperium [illegible] proximiores filias *agnatis aliis extantibus* evehere [illegible] *Hunn. ad Tr. vol.* 1. *diſp.* 8. *q* 6. cujus rationes [illegible] poteſt reſolvere: nos finimus, & non imperare [illegible] fœminas viris, turpe eſſe dicimus cum *Auguſto apud D*[illegible], & Romanos veteres probamus, qui dicente *Catone apud Livium lib.* 4. fœminas nullam ne privatam quidem rem ſine curatore a[illegible] voluerunt, quos ſecuti *Saxones*, eas in perpetua maritorum curatela [illegible], quod quia notum FINIMUS.

XVII.

De modo & ſpeciebus Jdictionis prorogandæ, & an prorogatio locum habeat quoque in cauſis criminalibus?

Regula juris eſt: ſupra Juriſdictionem ſuam jus dicenti impunè non pareri, *L. fin. de Idict.* etenim quævis Jdictio locis, cauſis, perſonis-

que limitata est, quare nemo Magistratuum extrà territorium & suprà Jdictionem jus dicet: quod indicant & satis arguunt toties illa quasi concepta verba: pro sua Jdictione: *L. 2. si quis in jus voc. L. 16. de mun. L. 3. de postul. L. 3. §. 5. judic. solv. rubr. C. qui pro sua Idict.* secundum Jdictionem, *§. 4. j. de attil. tut.* secundum jus potestatis suæ, *L. un. si quis jus dic. V. Hunn. p. 2. q. 7. de Idict.* Jurisdictio itaque si intrà eos limites, quibus definita est, se contineat, dicitur habere forum competens, sin evagetur, forum incompetens, *Vultei ad L. 1. C. de Idict.* illud ordinaria sedes dicitur, *L. 4 C. d. t.* hoc vetitum examen, *L. 5. C. eod. Wesenb. in parat. C. d. t n. 83.* Est verò competens Jdictio aut juris auctoritate, aut partium consensu, *Bocer. de Idict. cap. 7. num. 1.* unde quis Magistratui aut subjicitur volens aut invitus: uterque Lege, hic jubente, ille permittente: hic Lege sola & ita jure, ille voluntate suâ in societatem Legis adscitâ, & ita facto jure approbato: hic regulariter, ille irregulariter seu exceptivè, *Vultei ad L. 1. C. de Idict. num. 69.* quomodo supra posita regula hanc habet *exceptionem*, nisi litigatores consenserint in eum Magistratum, eidemque sese subjecerint, cujus Jurisdictioni alias vel ratione suæ personæ, vel causæ, vel rei non subiunt, tunc enim Iurisdictio Magistratus illius ad illorum personas, vel rem vel causam prorogatur, *L. 1. de Iudic.* Prorogare igitur Idictionem nihil est aliud, quàm Magistratus Idictionem ad rem, vel causam, vel personam eam extendere, quæ ad Idictionem Magistratus illius aliàs non spectabat: quo casu illi Magistratui jus dicenti litigatores parere debent: *d. L. 1. Hunn. d. q. 7.* Cœterum aliud est *dare* Idictionem, aliud eam alicui *prorogare*, privatorum quidem consensus Idictionem nemini dare potest, *L. 3. C. de Idict.* ast benè Idictionem jam competentem prorogare, *L. 18. de Idict.* Et ergò omnis prorogatio aliquam jam præsupponit Idictionem, quia quod non est, prorogari & extendi nequit, *L. 5. de precar.* & non entis nullæ sunt qualitates, *V. Parm. lib. 1. cap. 25. n. 27.* ubi ipse benè hinc infert, à privatis prorogationem fieri, sed non in privatum, quare nec notio arbitraria per compromissum data, prorogata Idictio dici possit. *ibidem n. 29.* Fit verò prorogatio ex sententia Dd: 1. de loco ad locum, ut si conveniatur, ut alio loco judicetur, quam qui receptus & in quo judicare solitum, veluti ut alibi judicetur, quam pro tribunali; sed cum Dd: notante: *Paurm. 1. de Idict. 15. n. 40. Sichard. in L. 1. de Idict. n. 12. M Steph. lib. 1. de Idict. 33. n. 15.* Hanc prorogationem loci ad locum ita solum admittant, si modo

intra

[illegible] territorium intraque Jdictionis fines fiat, veluti Iudex Noribergensis. E. G. Altorfij judicet, non verò admittant, si extrà territorium potestas judicandi transferatur, veluti ut Noribergensis, E. G. Lipsiæ judicet, hæc non magni momenti & vix vera prorogatio erit, cum & aliàs Magistratus in omnibus locis territorij sui Jurisdictionem habeat. Fit prorogatio. 2. De tempore ad tempus, *arg. l.* 2. §. 2. *de judic.* sed rectius etiam *Vasq. 3. contr. usu freq.* [illegible] *Paur. d. lib.* 1. *c.* 25. *n.* 40. disputant, si magistratui tempus certum sit præfinitum, quia eo elapso Jdictio exstinguatur, sic neque Jurisdictionem ordinariam prorogari de tempore ad tempus posse, ac etsi fiat intra tempus consensio, confertur tamen in tempus prohibitum inutiliter, [illegible] *Foker. in addit. ad Marant. p.* 4. *dist. judic.* 12. *n.* 6. Et allegata *L.* 2. §. 2. non de mandatario Jdictionis, sed de judice dato, loquitur, *Paurm. d. cap.* 25. *num.* 41. nimis autem evidens discrimen est inter judicis dationem seu ut Dd. vocant subdelegationem, & prorogationem; illâ causa eadem inter eosdem committitur alii cognoscenda; *L.* 5. *C. de judic.* hæc fit quidem apud eundem; sed vel inter personas, vel in causis, alienæ Idictionis, cum & etiam alias prorogari dicatur cognitio vel notio cum [illegible] subjicit: non cum apud eundem judicem, coram [illegible] levet; *Hilliger. E. D.* 17. *cap.* 10. Aliud itaque est, [illegible] fixum sit, hoc enim elapso *Idictio* prorogari frustra te[illegible] oni aut certæ causæ definiendæ tempus a[illegible] pus poterit; litigatoribus consentientibus p[illegible] igitur est prorogatio illa temporis, de qua *d.* §. 2 [illegible] Jurisdictionis: quomodo hodie Commissariis ab Imp. [illegible] tempus impetratis, eorum commissio aut examen de tempore ad tempus prorogatur rectissime *arg. d. l.* 2. §. 2. *Vultei. ad d. L.* [illegible] *num.* [illegible] *& seq.* Fit 3. de persona ad personam, *per l.* 18. *de Idict. l.* 1. *de Iudic.* & 4. de causa ad causam per *l.* 28. *ad munic. l.* 74. §. 1. *de Iudic.* de ista tertia prorogationis specie nulla est controversia; sed tamen aliqua de hac quarta [illegible] tradunt communiter Dd. causas debere esse ejusdem naturæ & formæ, [illegible] *d. Idict. cap.* [illegible] *n.* 43. *Sichard. ad d. L.* 1. *n.* 8. adeoque ut prorogatio ista de causa ad causam procedere possit, eandem causarum qualitatem non generalem solum, qua causæ aliæ criminales, aliæ civiles sunt, sed etiam specialem, qua causæ, ei[illegible], aliæ sunt tutelares, fidei commissariæ, fiscales, mercaturæ, &c. requiri & attendi oportere, quidnam ex [illegible] existimant,

 quos

[illegible] ratione loquitur *[illegible] ad Tr. vol. 1. disp. 3. th. 7 lit. e*, quod alias [illegible] videatur, ut cui limitata & ad certas V. C. fideicommissarias causas § 1. *J. de fideicom.* adstricta Jdictio concessa sit, extra eas [illegible] cognoscere possit, Vultejus tamen *ad d. L. 1. C. de Idict. n.* 108. hic dissentit, & [illegible] qualitatibus specialibus prorogationem haud negandam esse inquit, si modò causæ in qualitate generali conveniant: ubi ipse posteà *n.* 111. [illegible] strictius distinguit, an persona sit subjecta nec ne? nimirum *personas subjectas* prorogare posse in causis etiam aliis, *non subjectas* verò [illegible] in iis, quæ ad Iurisdictionem judicantis pertineant: quæ *Vultei* distinctio [illegible] de placet *Hillig d. c. 10. lit. a a.* quamvis aliis cum *Bachov. d. l.* rectè displicere possit, quem idcirco videbis, ubi & ipse ad duos textus pro Vulteio facientes respondit. Ex quibus sic præmissis consequitur bonam partem, eorum, quæ Dd. de speciebus prorogationis latè nimis pertractarunt, fallere, quippe cum nec in prorogatione *de loco ad locum* [illegible] *tempore ad tempus* aliqua vera prorogatio sit, neque [illegible] *Bacch.* [illegible] missa multis in casibus prorogatio *de causa ad causam* procedere possit.

Superest itaque prorogationis species de persona ad personam, de hac igitur maximè videndum erit: Et addubitatur an in causis meri Imperij prorogatio inveniat locum? Sane in civilibus & pecuniariis maximè prorogationi locus est, *l. 1. C. de Idict. l. 1. & 2. de judic.* & vulgò tamen Dd. tradunt, Jdictionem etiam in criminalibus seu causis meri Imperij prorogari posse, modo tamen is judex aliàs & inter suos subditos de illis causis cognoscere possit, per *Geil. 1. de P. P. 12. n. 10.* ubi hanc sententiam *communem* vocat, quam & usus servet; contra quam tamen disputant, quamque veritati theoricæ non convenire existimant *Vultei ad d. l.* [illegible] *C. de Idict. n. 125 Boser. de Idict. c. 7. n. 23. Math. Steph. 1. de Idict. 8 n. 56. nec ote* [illegible] [illegible] quod in jure hujus prorogationis [illegible] vestigium nullibi exstet; tum quod meri Imperii causæ non nisi speciali concessione Legis tribuantur *L.* [illegible] *de offic. ejus*, tum et [illegible] quod quæ mandari nequeant, nec prorogari possint, ne ita nos aliàs privatis concedamus, quod non est magistratibus à jure concessum, *d. l.* [illegible] *de offic. ejus.* hisce tamen rationibus non attentis videbimus [illegible] communis Dd. sententia affirmativa verior sit, defendique possit quoad prorogationem *de persona ad personam*; etenim prorogationi *de causa ad causam* hic locus nullus esse potest, quoniam extrà causas commissas, nullum planè intelligi potest Imperium seu criminalis Jdictio, quippe dantur causæ meri imperii

[illegible] & [illegible] *d. l. 1 de offic. ejus.* & ergo nullatenus de u- [illegible] causa criminali commissa ad aliam non commissam fieri poterit prorogatio, *argumento etiam [illegible], qua paulò antè contra Vulteium ex Bac. diximus*: quæ tamen bene [illegible] *de persona ad personam* scilicet talem, quæ aliàs inter suos de iisdem [illegible] sanguinis cognoscere potuisset, ad personam hanc itaque in criminalibus [illegible] poterit prorogatio, nam cum inter suos subditos de illis causis [illegible] cognoscere potuisset, (hoc enim fieri posse præsupponimus *[illegible] l. de Idict. 2. n. 39.*) quidni etiam inter alios prorogantes [illegible] *arg. d. l. 1. & 2. de Iudic.* & vix video aliquam hic diversitatis rationem, [illegible], [illegible] antè diximus, omnis prorogatio aliquam Jdictionem [illegible], ita privati, etsi in Jdictionem criminalem ejus, cui subjecti non [illegible], consentiant, minimè tamen videntur Idictionem ullam ei tribuisse, sed Idictionem jam antè concessione Legis ei tributam solum in se prorogasse; quomodo in rationibus supra allegatis videntur hæc duo confundi: *dare Idictionem & eam prorogare*. & Magistratus [illegible] causas ideò mandare nequit, quoniam ex [illegible] *d. l. 1 de offic. ejus*, nihil autem privati mandant aut tribuunt [illegible], ut jam antè Lex in illis causis animadvertendi [illegible] Magistratuum fidei & industriæ in hisce utpote gravioribus causis [illegible] easdem non mandabunt *c. l. de offic. deleg.* [illegible] privati autem videntur magis præsumptæ huic Magistratui [illegible] inniti, ideoque sese subiicere, Idictionemque [illegible] gare, quomodo cum non dent Idictionem [illegible] se exercendam tantum admittant & sic jus suum ex [illegible] de Foro competentia remittant, adeoque nihil ordinario ac [illegible] proprio [illegible] decedat. hinc nec ejus consensus [illegible] *l. 2. [illegible] de judic. V. Vultei ad d. l. 1. n. 166. 168. Math. Steph. d. l. 1 c. 15 [illegible] d. c. 15 n. 42 & seqq. Duaren. de iudic. cap. de foro comp.* qui, [illegible], ex quo Idictiones patrimoniales effectæ, jus prorogationis [illegible] ctum esse omnes attestantur, sed quia praxis & usus hanc sententiam confirmavit, nos ad alia pergimus.

XVIII.

Quæritur, an etiam delegata Idictio prorogari possit?

JUrisdictio alia est propria, quam Ordinariam vocemus, alia Mandata sive delegata. Ordinaria Jdictio quin regulariter prorogabilis sit, non est dubium, ut [illegible] *Schr[illegible]er de feud. p.* 10 *sect.* 3. *n.* 96. quæritur saltem an delegata, sive ut *Tr vol.* 1. *d[illegible]* 3 *th* 7. *lit. e* quærit, delegato Jdictio [illegible] prorogari. Controversia [illegible] hæc quæstio est: affirmant *B[illegible]er.* [illegible] *c.* 7. *n.* 18. *Don.* 17. *com.* 10 *Paurm.* [illegible] *c.* 25. *n.* 27. *de Idict. Duaren. c.* 2. *de jud.* [illegible] *d. lo.* Negant *Sichard in l.* 1. *C. de Idict. n.* 14. *Vultei. in d. l.* [illegible] 81. *Th[illegible]* 47 [illegible] *tag.* 22. *n.* 20. *Sc. Gentil.* 2. *de Idict.* 13. qui pro hac negante sententia [illegible] adferunt argumenta. 1. quia fines mandati custodiendi, & delegationes sint stricti juris; *l.* 5. *mandat.* quapropter cum ideò delegato [illegible] porro subdelegandi negatum fuerit, *l.* 5. *C. de Iudic.* etiam Ius prorogandi [illegible] negandum esse *Sichard. d. lo. Sc. Gent. d. c.* 13. *in pr.* 2. quia ordinaria Jdictio sit universalis, universitas autem facile recipiat augmentum, ideoque [illegible] prorogabilis, sed delegata sit particularis, [illegible] hæc prorogari non possit, *Vasq.* 2. *controv. usuf.* 14. 14. *n.* 16. 3 quia hæc sententia [illegible] Jcanonico probetur, *c.* 40. *de offi[illegible]* & ergo huic standum sit *per CC in c.* 1. *de n[illegible] oper. nunc &* [illegible] *privilegia C. de SS. Ecclesf. Ecclesf N.* 83. *c.* 1, Pro affirmante [illegible] adferuntur. 1. Quia in *l.* 1. *de judic.* dicatur, quod cujusvis judicis Jdictio consensu partium prorogabilis sit: Cujusvis ait JCtus. Ergo & delegati judicis. 2. quia vix constans inter ordinarium & delegatum quoad hoc reddi possit differentiæ ratio; præcipue cum & delegatus revera Jdictionem, licet non propriam, sed alienam habeat, *l.* 5. *de Idict. l.* 1. *§. qui mandatam. d. offic. eius.* 3. Quia delegatus fungatur partib. & vice eius qui delegavit, *l.* 16. *de Idict.* ac proinde quoque eius delegata Jdictio, quia una eademque sit cum Jdictione delegantis, prorogari possit, *Donell. d. l.* Et hæc potissima sunt aientis & negantis sententiæ argumenta; neutram simpliciter sequi & approbare possumus. Res videtur explicanda distinctione, an nimirum sit mandata universitas, an una tantum causa. Quomodo *affirmativa* opinio procedet in mandata Jdictione generali, seu universalicâ, quam habuit mandans, quâ totum illius officium transit. Quod si igitur ad causam unam specialiter mandata sit, *negativa* sententia obtinebit, prorogationique locum non esse, verius erit, quia tum extra mandatum hoc delegatus nihil habere videatur, quare cum moribus nostris rarissime ad universitatem, sed frequentissime ad speciales causas fieri soleant delegationes, *arg. Gail.* 1. *O* 97. *n.* 12. 13. tanto magis delegatam Jdictionem prorogare haud posse, dicendum videbatur.

batur. Sed hanc distinctionem reprobare voluit *Bocer. d. c.* 7. *n.* 29. *& Don. d. c.* 10. ex *l.* 1. *C. de Idict.* si enim illius judicis, qui propriam habet jdictionem, sed in certas tantum personas & certæ causæ speciem, prorogari tamen jdictio potest *d. l.* 1. cur non & hujus delegata jdictio posset prorogari, licet sit in certas solum personas, & causas certas mandata. Verum rectè negatur hæc consequentia, quoniam *d. l.* 1. loquitur in casu jdictionis propriæ seu ordinariæ, quæ sine dubio regulariter & indistinctè prorogabilis est, ipsis *Don. & Bocero* attestantibus, de jdictione vero mandata addubitatur & quæritur; & nos eam si ad unam tantum causam & quidem simul ad certas personas fuerit limitata ac mandata, prorogari non posse dicimus, quippe limites mandati non sunt transgrediendi, *l.* 5. *mand.* & cum hæc prorogationis materia stricti juris sit, non debet id, quod in *d. l.* 1. in procuratore Cæsaris specialiter statutum est, facile extendi: Vel potius, quæ verissima est responsio, quod procuratoris Fisci Jdictio est generalis, in omnibus Civilibus causis, ad Fiscum tamen pertinentibus obtinens, *Bach. vol.* 1. *disp.* 3. *thes.* 7. *lit.* E. quare ab ejus jure, malè infertur ad jus delegati & quidem ad unam causam; Et hinc est, quod procuratoris Fisci Idictio possit etiam ad causam non fiscalem prorogari *d. l.* 1. Quod de delegato speciali dicendum non est: Sed sicuti si procurator Cæsaris, de quo *d. l.* 1. *C. de Idict.* respondet, alicui causam unam fiscalem & quidem inter Titium & Fiscum committat, iste non potest causam aliam fiscalem, nedum litem planè privatam inter Cajum & Sejũ cognoscere, cœteroquin mandati fines manifesto transgrederetur, *contra d. l.* 5. ita idem in eo quoque casu quando à quovis alio magistratu ordinario Idictio adeo restricta & limitata fuit, dici potest & debet. Verum si idem procurator Cæsaris aliusve magistratus totam & generalem suam Idictionem alteri deleget, ut talis delegatus inter consentientes causam etiam aliam judicare possit, adeoque aliquid amplius habeat, rationem hanc habet: quia tunc verum est, mandatarium vice mandantis in omnibus fungi ex mandato universali *l.* 16. *de Idict.* & unam eandemq; esse mandantis & mandatarii Idictionem. Cæterũ illis casibus, quibus Idictio ad unam solam causam mandata fuit, mandantis & mandatarii una eademq; Idictio non est, quia non est tota mandata, vel alias quomodo ipse mandans in aliis cognoscere posset, si nimirum suam, hoc est, eandem & illã ipsam mandatarius Idictionem accepisset? Itaque malè ab ordinario judice & propriá Idictione infertur, ad judicẽ

delegatum & Idictionem alienam. Et omnino diversitas evidens apparet inter mandatarium, cum cui tota Idictio & quidem universitas causarum mandata fuit, & inter hunc, cui Idictio restricta & certæ tantum causæ fuêre commissæ. Ille ex mandato universali in omnibus vice mandantis fungitur; Hic non nisi in quibusdam: Unde & hoc receptum videtur, ut delegatus ad universitatem causarum, specialem causam possit sub delegare, *Marant. part. 4. dist. 5. num. 52. Gail. d. O. 97. n. 12. & Dd. communiter in l. 5. C. de judic.* Atq; hæc distinctio vel ideo etiam recipienda foret, quoniam beneficio ejus Icanonicum cum Civili bene conciliari potest, pugnantesque interpretum sententiis ercifcundo quasi dirimi: quid enim vetat *d. cap. 40. de offic. deleg.* ad casum delegatæ Idictionis specialis referre? quod si tamen hoc non placeat, vide an placere possit hæc sub distinctio. Rationi juris convenit, sicuti diximus, ei, cui specialis Idictio *ad unam certamq; causam* mandata fuerit, Idictionem prorogari non posse; cui tamen *universa* seu *tota* Idictio commissa, ei hæc prorogari potest: sed hoc posteriori modo Magistratus mandans totam suam Idictionem, vel habuit *universitatem causarum omnium*, vel *certarum tantum arg. d. l. 16. 17. de edict.* quod si ergo *universum officium* suum Magistratus mandans delegaverit, indubiè hoc in casu quoad mandatarium Idictionis universæ prorogationi locus erit; sed si Magistratus *causarum certarum universitatem* E. G. hæreditariarum alicui commiserit, tum quoque existimarem, Idictionem hujus mandatarii prorogari, & quidem ita consentire in eum personas mandanti non subjectas posse sed non de alia lite præterquam hereditaria: *arg. eorum quæ diximus in q. acad. praeced. vers. sit. 3. de persona ad personam*, ubi ad Bachovium nos remisimus, qui in loco ibi citato, *l. 1. C. de Idict.* hoc obstantem, resolvit. Confer quæ in *hac ipsa quæst.* paulo ante diximus: quod si vero sit aliquod causarum genus V. G. hæreditarium, alicui judicandum commissum ac delegatum, sed tantum inter certas personas V. G. certas tribus, certos cives hujus vel illius regionis aut urbis, tunc quia hæc Idictio tam quoad causas, quam etiam personas circumscripta & limitata fuit, ea non prorogari poterit, neque ad alias personas extendi, atque etiam hoc de casu intelligi potest *d. cap. 40. de offic. deleg.* quo scilicet in mandato certarum personarum facta sit mentio; & neque igitur Iciv. li in ejusmodi mandatario prorogatio locum inveniet, quippe quo Iure in hoc tamen casu & intellectu ubi Idictio pariter causarum ac perso-

narum

narum finibus circumscripta) delegatio Iuris stricti est. Quibus sic admissis haberemus consonantiam tàm ipsorum interpp. quam Iurium Can. & Civilis. Hoc video & hic monendum esse, exhisce disputatis satis apparere, quod diximus in *q. acad. praced.* tatis casibus prorogationi *de causa ad causam* locum esse, scilicet tum si universum officium totaque Idictio mandata fuerit: reliqua, quæ hic de prorogatione diximus, intelligere debes de sola prorogatione *ad alias personas privatas non subjectas*: namque de prorogationibus *loci ad locum*, *temporis ad tempus*, quoniam veræ prorogationes non sunt, *d. q. acad. prac.* hic non quærimus. Quæramus ulterius.

XIX.

Quæritur, quando prorogatio cum effectu facta dicatur ita, ne partibus posteà rursus pœnitere liceat?

IN prorogatione opus est consensu & ipsius judicis, & ipsarum partium *l. 2. §. 1. & 2. de judic. Don. 17. com.* 10. judicis scilicet aliàs incompetentis, (competentis namq; consensus Icivili necessarius haud est, *V. quæst. acad. praced. 17. inf.*) quem sufficit non contradicere, aditumq; non dissentire, uti post *Dd* explicat *Sichard. in l. 1. n. 5. C. de Idict. Vultei in d. l. 1. n. 162. Bocer. de Idict. c. 7. n. 17.* adeoq; hic taciturnitas habebitur pro consensu *l. 142. de R. I.* Partium consensus declaratur, vel *verbis vel re & facto*; hinc fit prorogatio vel consensu sive conventione *expressa*, vel *tacita*: unde duplex efficitur prorogatio, *expressa & tacita. Paurm. lib. 1. de Idict. cap. 25. num. 4. Vultei ad d. l. 1. C. de Idict. n. 138.* Conventione partium expressâ prorogatur Idictio *ad. undo.*; Conventione verò tacitâ, usque ad litem contestatam procedendo: à qua sententia licet *Dd.* plurimi, etiam ex veterib. dissentiã, eam tamen nos approbamus & probabimus. Quod si igitur partes alias huic judici non subjectæ, expressis verbis in eum tamen consentiant, deindeq; adeant, per hanc *aditionem* hujus judicis cũ effectu facta dicetur prorogatio, neq; ideo posteà partes pœnitere poterunt: quæ sententia potest probari per *l. 15. & 18. de Idict.* ubi expressa conventio præcessit, & sufficit sequuta aditio, quæ fit V. G. per libelli oblationem, aut satisdationem, *Bocer. d. cap. 7. n. 39.* hinc in *dd. ll.* simpliciter fit mentio aditionis, quam nemo nisi ineptè de litis conte-

 stationе

ſtatione explicare poterit, neq; enim ex aditione litis conteſtatio inferri poteſt, quoniam hæc longo ſæpè intervallo ſequitur, *V. Baron ad d. l.* 18. Quod ſi igitur in prorogandam Idictionem judicis incompetentis litigatores *conſenſerint*, judicemq; iſtum *adierint*, tunc judici adito quæſita Idictio eſt, quæ ideò per pœnitentiam eludi nequit, ne majeſtas Prætoris, partes ſuas interponentis, illudi videatur, *Baro ad d. l.* 18. neque etiam deſultoria illa variatio & levitas prorogantis ferri debet. Et inſuper *Vulteius ad d l.1. de Idict. num.* 154. pro hac ſententia ita arguit: Si citatus ab incompetente judice, exceptione incompetentiæ omiſſâ, tacitè conſenſiſſe in judicem hunc cenſetur, & ex omnium ferè Dd. ſententia regreſſum ad exceptionem non habet; *V. Vmmii. diſput. proc.* 4. *n.* 100. *Treutl. diſp.* 12. *th.* 10. *lit. C. & D. vol.* 1. *Sichard. in d l.* 1. *C. d Idict num.* 7. multo magis ſi expreſsè convenerit de adeundo eo qui certò incompetens, ſi aditio acceſſerit, regreſſum non habebit: inconveniens enim eſſet, expreſſum minus tacito operari: Et hanc ſententiam approbant *Vulteid. lo. num.* 152. *Paurm.* 1. *de Idict.* 25. *Bach. d.ſput.* 3. *th fin. vol.* 1. *ad Tr.* qui eam in theoriâ veriorem autumant. Errant igitur *Cujac. tr.* 7. *ad africa n. in d. l.* 18. *de Idict. Duaren de judic.* 6. *de for. comp. Zang. de excep. p.* 2. *c.* 1. *n.* 31. *Bocer. d. c.* 7. *n.* 36. *Treutl. d. lo.* & quos ex veteribus allegat *Bach. d. lo.* qui non ſufficere ſolam aditionem ad effectum excludendi jus pœnitendi, exiſtimant, ſed illud adhuc usque ad litem conteſtatam, eſſe integrum dictitant: quam ſuam opinionem licet illi communem vocent, eamq; in judiciis & conſulendo ſequendam eſſe velint; attamen veritati theoricæ, uti diximus, adverſatur. Itaque ubi expreſsè in judicem incompetentem conſenſum, illeque fuerit aditus, libellus ei oblatus, &c. cum *effectu* cenſetur facta prorogatio, tametſi nondum lis conteſtata. Sed quando dicetur *judex eſſe aditus?* Diſſentientes ſuprà allegati, per aditionem *in dd. ll.* 15. & 18. litis conteſtationem denotari & intelligi, dicunt, *V. Tr. d. lo lit. H.* quod non putamus: ad quid enim ICtus *in dd ll.* aditionis, & non magis litis conteſtationis, meminiſſet, cum ex litis conteſtatione per ſe patere potuiſſet judicem eſſe aditum, & non è contrà, ex aditione inferri poſſit litis conteſtatio. Quare diceremus cum Coraſio in *d. l.* 18. *d Idict.* quemvis judicis aditum & qualemcunque actum coram judice etiam antè litis conteſtationem geſtum Idictionem prorogare, ut deinceps pœnitere litigantibus haud liceat; vel ideò maximè, quod ſimul ac aliquo facto Idictio incompetens prorogatur, illa

ſtatim

statum à judice etiam exerceatur; sicubi judex incompetens aditus V.G. libello oblato jubeat V. G. satisdare, statim prorogatam Jdictionem exercet, & vi Jdictionis prorogatæ satisdandum erit: neque enim Prætor, postquam partes suas interponere cœpit, uti suprà diximus, debet eludi. Cæterùm si partes in judicem aliàs incompetentem tacitè, ipsa re & facto consentiant, ut puta coram ipso causam suam ventilare incipiant, litemque contestentur, tum per hanc litis contestationem dicis hujus cum effectu facta dicitur prorogatio, pœnitentiæque locus nullus erit, quæ sententia probatur per textum *in l. 4. C. de Idict.* per quem hoc rectè defendit *Pacrm. l.1. c.25. n.17.* Et hæc ita omninò recipienda & statuenda sunt, ut sit manifesta quædam differentia inter prorogationem *tacitam & expressam*, nimirum talis, ut in casu prorogationis tacitæ locus sit pœnitentiæ usque ad litem contestatam, *per d. l.4*, in casu expressæ usque ad aditionem, *per. d. l.18. de Idict.* Errant igitur qui tacitum prorogationem cum effectu fieri putant per oppositionem exceptionum dilatoriarum, uti *Sichard. Vmmius. Tr. dd. locis.* nam requiri ad hoc litis contestationem jam ante diximus, cum verò usque ad litem contestatam exceptio incompetentiæ objici possit, docente *d. l. 4. C. de Idict.* oppositione autem exceptionis dilatoriæ litis contestationem non fieri constet, ideo per hujusmodi exceptionis objectionem non potest videri cum effectu facta prorogatio: cum adhuc exceptio incomp. opponi possit, *V. benè Bach ad Tr. d. l. in not.* Quod itaque anteà ex *Vulteio* argumenti loco, adduximus, citatum ab incompetente judice, except. incompetentiæ omnia regressum ad exceptionem non habere, id ex mente Dd. fecimus, contra quos benè sic arguitur: etenim cum ipsi tacitè prorogatam, hoc casu, Jdictionem affirment, etsi lis nondum sit contestata, quidni magis affirmare debeant, etiam tum eam si expressè, in judicem consensum & hic aditus, tametsi nondum lis contestata fuerit, prorogatam videri. Nos itaque semper ultrà conventionem & consensum aliquid amplius requirimus, *vel aditionem*, vel *litis contestationem*, neque enim nulla conventio partium poterit fundare Jdictionem Judicis in personam aliàs non subjectam, ait rectè *Bach. d. lo.* Sed si post conventionem Judex fuerit, *vel aditus, vel lis contestata*, tum hæc conventio quæ ante nuda fuit, desinit esse nuda, & ex facto vel aditionis, vel litis contestationis sumit effectum, unde statim Judici adito quæritur Jdictio, quam nec postmodum litigantes eludere adeoque non amplius pœnitere possunt, *arg. l. 9. §. fin. de recep.*

excep qui arbit.. Quare improbamus *Don. 17. com. 10.* qui solam stipulationem vel pactum incontinenti adjectum sufficere existimat, ut judicis etiam non sui prorogetur Jdictio, quem & ideo bene improbavit post *Dd Vult in d. l. 1 C. d. Idict. n. 140. 144. 145.* hoc in casu pœnitentiam admittens, propter *d. l. 18. de Idict.* cujus verba sunt satis generalia, & æquè de stipulatione, ac pacto nudo, possint intelligi, *arg. d. l. 18. ibi convenerit. juncto l. 1. §. 3 ibi conventionis verbum generale est, de pact.* Sed nunquid hoc casu quo in prorogandam [sic enim malo loqui, quam prorogatam, nam judice nondum adito, nondum etiam est verè prorogata jdictio, *per d. l.* 18.] Jdictionem per pactum vestitum aut stipulationem, consensum fuit, *liberè* pœnitere licebit, an ita demum, ut pœnitens parti alteri ad *interesse* teneatur, videlicet quanti ipsius interfuit consensum revocatum non fuisse, illud maluit asserere *Vmmi. d. disput. 4. num. 101.* hoc verò *Vultei ad d. l. 1 n. 144. & Dd. communiter teste Zasio ad d. l. 18. n. 7. 10. & 12.* Magis adhuc improbamus *Corasium 4. miscell. 5.* nudam pactionem nudumve consensum ad Jdictionem cum effectu prorogandam sufficere existimantem, licet pro se textum *l. pen. C de pact.* alleget. Sed apud omnes in confesso est, pœnitere licere, si quidem in prorogandam Jdictionem nudo fuerit pacto conventum, *Vultei ad d. l. 1. n. 142.* Quod verò Corasius *d. l.* Legem 18 *de Idict.* de dissensu utriusq; litigantium explicat, atque sic accipit, ut ab utraque parte mutata voluntas sit, in eo valdè absurdus est, nam ita rem reddit prorsus indubiam, an enim parte utraque sic volente & quidem judice nondum adito, adeoque re adhuc integra, pœnitere liceat, ne quidem dupondius dubitarit, tanto minus gravissimus JCtus *African.* cujus *est d l. 18. V. Vultei ad d. l. 1. n. 146.* & in hac quæstione pœnitere licere ita intelligimus, ut parte alterutra invitâ hoc liceat: Et invito altero paciscente, ante aditionem, litisve contestationem alterum pœnitere posse dicimus, per sæpè *d. l. 18.* Cui non obstat, *d. l. pen. C. de pact.* etsi ex ea *Cor d. l.* docere velit; etiam per nudam pactionem pœnitendi Jus præclusum esse.

XX.

(*Conciliatio l. 18. de Iurisdict. cum l penult. C. de pact.*

VArie quidem varii harum duarum LL. pugnam conciliant, videbis hic *Nicol. Genoa in concil. cunctarum LL. in concil. ad l. si quis in concr. C. de pact.*

C. de pact. & l. si convenerit. de Idict. Duarenus quidem *ad tit. de Idict. C.* 6. *n.* 7. existimavit pactum nudum hodie ad prorogandam Idictionem sufficere validumque esse, ideoque si convenerit inter litigatores, ut quendam incompetentem judicem adeant, quia hoc pactum nec LL. nec bonis moribus sit contrarium, servari id oportere, propter novam Justiniani constitut. *in d. l. pen.* per quam igitur jus pandectarum *in d. l.* 18. emendatum fuerit, sed & modum hunc conciliandi improbamus, quin & ipsam conciliationis rationem repudiamus, neque enim pactum nudum cum aliàs efficaciæ nullius sit *l.* 7. § 4. *de pact.* hic tantum operari poterit, ut fundet Idictionem judicis incompetentis *per jam ante dicta*: cum & à pacto nudo re integra recedere liceat per *l.* 3. §. 3. *de cond. caus. dat.* Hinc communiter Dd. *d. l. pen.* non de pacto nudo, sed incontinenti contractui adjecto, exaudiunt *Cujac. ad Affrican. in d. l.* 18. *Pac.* 1 *enant.* 60. *Fachin* 1. *c.* 61. *Bronch.* 1. *aß.* 41. *Bus. ad d. l.* 18. *n.* 3. huncque intellectum verissimum quoque opinatur *Nicol. Genua. d. lo.* Nos tamen neque hanc conciliationem arripimus, neque ipsum intellectum ita stricte sequimur, si namque *d. lo.* 18. præcise & stricte de pacto nudo interpretari oporteret, contra verba ejus generalia; pro ut etiam paulo ante ostendimus: Et huic conciliationi repugnant, *d. l. pen. verba, sancimus nemini licere &c.* jam vero adversus sua pacta contractibus adjecta [illegible] venire novâ sanctione monere, operæ precium non erat, *arg. d. l.* 7. § 4. [illegible] *de pact.* Quare nos aliam & quidem hanc conciliandi rationem [illegible], probatam etiam ab *Zas. in d. l.* 18. *n.* 21. *Vulteii in d. l.* [illegible] *de Idict.* [illegible] consentit in judicem plane non suum, & hic non [illegible] (sive ea sit pacto nudo inita, sive etiam stipulatione confirmata) stare, quamdiu scilicet judex non est aditus, *d. l.* 18. aut consentit quis in judicem aliàs suum, quem tamen poterat propter [illegible] declinare, & hic tenetur huic conventioni, etiam si nudæ [illegible], neque licebit ideo ei etiam ante aditum Iudicem pœnitere, *d. l. pen.* Exemplum ponunt Dd. communiter in Studiosis, *arg. Auth. habita C. ne fil. pro patre &* *Duaren ad d. l.* 18. Istius ratio est, quia sola & simplex conventio [illegible] (sive pacto, sive stipulatione, celebrata) non potest fundare Idictionem Iudicis in personam aliàs non subiectam, sed semper amplius aliquid accedere oportet, vel aditio, vel litis contestatio *d. l.* 18. absonum namque foret dicere ex nudo consensu partiumve conventione, hoc casu Idictionem videri prorogatam, ad effectum scilicet cogendi, ut judex [illegible]

quin

quin incompetens statim vi Jdictionis prorogatæ partes ad se adeundum coramque se litigandum præcise cogere possit, quod omnino posset, si propter nudum consensum partium esset prorogata Jdictio, nam qui Jdictionem habet, habet quoque coërtionem *l. fin. de offic. ejus cui mand.* & per consequens nec hoc casu partibus amplius pœnitere liceret. Non itaque nudus consensus, sed aditio Jdictionem cogendi tribuit *d.l.18.* & tunc verè prorogatio facta censetur, cum voluntatem suam facto ipso declaravêre partes. Et ergò Iudex nondum aditus non poterit ad unius partis instantiam, resilientem cogere *d. l.18* si vero aditus fuerit, omnino poterit, quia jam sperni ejus auctoritas existimatur *l. 9. §. fin. de recept. arb.* Non magis igitur stipulatio vel pactum incontinenti adjectum quam *pactum nudum* Jdictionē prorsus incompetentis judicis fundare poterit. Hoc tamen differunt, ut si pacto nudo ita convenerit, impunè omnino pœnitere liceat; sin autem stipulatione, liceat quidem, sed pœnitens ad interesse teneatur, *per jam ante tradita*: Et ergo hoc casu pactum nudum efficaciæ nullius, sed vestitum ad actionem ad interesse proficiet: optimè hoc quoque annotante *Babor. d.l. n.3.* Hujus ratio est, quia quidem judex aliàs erat competens, sed privilegio saltem aliquo poterat declinari, adeoque tanto facilius, pacto etiam nudo, nudaque conventione partium, eius Jdictio quoad casum hunc extendi & fundari, *d.l.pen.* si itaque alteruter litigans privilegiatus postmodum pœnitere, & à pacto convento resilire, deque suo privilegio excipere velit, tum ejus hæc exceptio privilegii, elidi poterit replicatione pacti, *d.l pen.* nam cum omnes habeant licentiam his quę pro se introducta sunt renunciare, *d. l. pen.* ideoquoque in hac causa pacto convento facta renunciatio tenebit, *d. lo. pen.* Quomodo quidem etiam nudum pactum aliquid operabitur, non tamen ad agendum *d.l. 7. §. 4. de pact.* Sed ad excipiendum, *g. §. 4.* Et si hic jam idem opponere velis, quod nos supra comuni Dd. conciliationi opposuimus, nimirum hoc nova sanctione monere, quod pacta nuda ad excipiendum efficacia sint, operæ precium haud fuisse, *arg. d. l. 7. §. 4.* respondebimus, necessario Justinianum debuisse id constituere, ut pactum nudum in tali casu proposito istas vires habeat: Etenim cum aliàs pacta Iurisdictionem prorsus incompetentis judicis fundare non possent, (hoc enim terminos objecti pactorum excedit, *uti jam suprà diximus*) attamen in facti specie *in d. l pen.* proposita, quia ibi Iudex alias, privilegio saltem remoto, competens fuerit, pacto de privilegio isto non

utendo,

utendo, judicis Jdictionem quasi fundari posse, adeoq; pactum hoc obligatorium esse: Ex quibus utriusq; Legis *d. l. 18.* & *d. l. pen.* diversitas manifestò apparet: in *illa* agitur de prorogatione judicis in totum & simpliciter incompetentis, paciscensq; se obligat ad subjiciēdum se ei cui nulla in ipsum Jdictio: In *hac* verò de prorogatione judicis quoad quid saltem incompetentis paciscensq; promittit se ad judicem specialem, quem ex privilegio habebat, non revocaturum, sed corám aliàs competente responsurum: Itaq; cum in hoc posteriori casu *d. l. pen.* non opus sit actione aliqua, sed sufficiat exceptio pacti, si paciscens ad privilegium istud recurrere vellet, ideo rectè constitutum in *d. l. pen.* tale pactum, licet nudum, ad excipiendum valere; in priori autem casu actio necessaria fuisset, si promittens apud incompetentem comparere noluisset, quæ cum ex nudo pacto non oriatur, ideò inefficax istud est. Sed quia in hoc casu ponimus judicem prorsus incompetentem, ideò etsi etiam stipulatione conventum fuerit, adeoque nata actio, non tamen prorogari seu fundari cum effectu potuit Jdictio; sicuti in illo casu, ubi judex aliàs competens. Atque hanc conciliationem omninò approbamus; neq; ei obstant rationes in *d. l. pen.* adductæ, quas tamen *Coras. d. 4. Misc. 5.* implacabiliter huic conciliationi obstare dixit, utputa, *in versic.* sancimus nemini licere adversus pacta sua venire: *in versic.* Si enim & ipso Prætoris edicto, pacta non dolo malo inita servanda sunt: *in vers.* neque contrahentes decipere licet: *in versic.* omnes licentiam habere his quæ pro se introducta renunciare: ex quibus quatuor rationibus putat *Coras.* & *Nicol. Genoa d. lo.* etiam pactum nudum de judice prorsus incompetente adeundo, servari oportere. Verum has rationes in hoc casu non concludere jam satis ex antedictis constat: Et manifestissima est hæc differentiæ ratio: si judex aliàs sit competens, sed qui privilegio aliquo possit declinari, huicq; privilegio per pactum renunciatum fuerit, tum utique ille judex, quia aliàs Jdictionem in renunciantem habet, ut etiam ipsum citandi & cogendi jus habeat, oportet: quod si igitur pars adversa judicem hunc adierit, & de renunciatione privilegii docuerit (quod facilè, conscripto instrumento producto, poterit, qui casus est *d. l. pen*) citationemq; emanari petierit; ipse itaq; citatus debet comparere, *arg. l. fin. de Idict. juncta l. 5. de judic.* quomodo si posteà de suo privilegio exceperit, replicatione pacti ejus intentio eliditur *d. l. pen.* Et hactenus pro pacto rationes suprà ex *d. l. pen.* propositæ concludunt. Cœterum

 si ju-

si judex omninò sit incompetens, quia nullo casu in paciscentem jurisdictionem habet, quomodo hunc stare conventioni compellet? quomodo ipsa pars adversa cum contrà replientem à pacto actionem non habeat, ad judicem hunc ibit? Quare prædictæ rationes in suis terminis ad casum ibi propositum applicandæ sunt; vel aliàs ex iisdem multa correctoria inferri possent. 1. ex pacto nudo semper hodiè dari actionem: 2. ab eo re integrâ, recedere non amplius licere: 3. & hodiè ideò differentiam pactorum & stipulationum sublatam videri, contra expressis. textus *l. 7. §. 4. de pact. l. 3. §. 3. de cond. caus. dat. s. 1. instit. D. & C. de pact. & V. O.* Sed de his satis.

Hoc in fine addendum: Dd. illi, qui in expressâ prorogatione jus pœnitendi permittunt usque ad litem contestatam, pro sua sententia 4. maximè argumenta adferunt; quæ quoniam à *Bachov. ad Tr. d. lo.* proponuntur & optimè refelluntur, huc prolixè transcribere operæ precium non est. Primum est: Res manet integra usque ad litem contestatam, *arg. l. 23. de judic.* Ergo quoq; eo usq; pœnitere licebit, *arg. d. l. 3. §. 3. de cond. caus. dat.* R. statim post aditionem rem amplius integram non esse; aditione namq; judicem agnoscimus, agnitio vero judicis inducit prorogationem; *per supra in pr. quæst. tradita.* 2. est: quod sola aditio vix videatur posse fundare Jdictionem judicis ad effectum cogendi, ut scilicet contrà non parentem tanquam contumacem procedere possit. R. Imò, videri posse, cum hic prorogandi modus lege adjuvetur & probetur, *l. 1. de judic. juncta l. 9. §. fin. & LL. seqq. de recept. arbitr.* vel maximè cum prorogationi in Magistratibus, qui sub uno Principe sunt, non sub planè diversis, locus sit, rectè hoc annotante *Bach. d. lo.* 3. est, ex *l. 4. C. de jdict. ibi nemo post litem contestatam*: ergo id ante fieri poterit. R. ex *d. l. 4.* quod prorogatio tacita litis contestationem requirat probatur, rectè nihil vero ulterius inde inferri potest *per supra in hac quæst. tradita.* 4. est ex *l. 21. §. 5. sol. matrim.* de quo textu videbis *Bachov. d. lo. Vulteii ad d. l. 1. n. 154. Gotofr. ibid. in not. lit. G.* jam satis.

XXI.

An edictum Prætoris, de non vocandis sine venia quibusdam personis, hodiè sit sublatum, &c.

NOtæ sunt hîc nostrorum, etiam ipsorum Dnn. Cameralium, variæ dissensiones, *Robert. 3. sent. 1. Vaud. 2. q. 26. Forner. 3. select. 12.*

violen-

violentam ductionem & manus injectionem olim usurpatam fuisse, negant, quibus ideo sese opposuerunt & objectis *Roberti* occurrerunt *Vultei. Scholast. disc. 1. pag. 16. Goedd. ad l. 9. l. 39. §. 2. de V. S. Speckh. cent. 2. cl. 4. q. 10.* & quod actor injecta manu, vel quomodo loquuntur, obtorto collo reum in jus vocare, potuerit, siquidem ire nolebat, ostenderunt. Sed illum ducendi & rapiendi morem jam exolevisse, adeoque nostri temporis usu Edicti Prætoris vim expirasse, statuunt *Vultei d. discept. 1. in f. Cujac. 10. O. 10. Treutl. vol. 1. disp. 4. thes. 6. lit. C.* quibus propterea rectius contradixerunt *Fachin. 10. c. 87. Gotofr. Ant. disp. AntiVult. 5. thes. 13. Sceffer p. 1. q. 15.* Unde consequenter optimè Camerales inquisiverunt an Vasallus sine veniâ Dominum vocare possit: *Mynsing. 4. O. 92. Gail. de pignorat. 15. num. 4. Hartman. Hart, tit. 54. Obs. 44.* rametsi inter se non omnino conveniant. Nostrum itaque interponemus breviter judicium. Et quidem 1. etiam nos contrà *Robertum* & alios statuimus, prisco jure aliquem potuisse adhibita vi & injecta manu in jus vocari, quod abundè tàm Legis decemviralis auctoritate, quam classicorum auctorum testimoniis, rationibus denique ex Legibus nostris adductis, comprobant, *Ravard. ad LL. 12. tabb. cap. 5. Cujac. 7. O. 10. & 10. O. 10. Tholozan. 48. syntagm. 2. n. 23. Vultei ad Goed. dd. locis* ut ideo *Forner. d. lo.* scribere non debuerit, hanc opinionem persuaderi posse tantum iis, qui trivialibus interpp. opinionibus sint imbuti. Legis 12. tabb. varians est lectio, *Ravard. d. cap. 5.* Marcilius *ad LL. 12. tabb. c. 1.* eam sic, sensu apertiori, restituit: *si in jus vocat ne iit, antestator. Igitur em capito. Si calvitur pedemve struit; manum endo jacito:* hoc est: si in jus vocatus sponte & volens ire & sequi noluerit, de eo prius solenniter attestari, hoc est, testes aliquos advocare, coramque ipsis protestari, oportebat, & posteà vocatum, manu præhendere, abducereq; licebat, etsi ille difficiles moras necteret, vocantemq; frustrari cogitaret, vel otiosè iret, vix pedem pedi præferens, vel fugam meditaretur, dabatur actori potestas eum obtorto collo rapiendi trahendique, *V. Ravard. d. lo. Goed. ad d. L. 9. num. 7. Marcil. d. c. 1.* Quomodo appatet, si Romanum Civem, Civis Romanus in jus vocare abducereq; vellet, hoc non nisi attestatione solenni præviâ licuisse. *V. Speckh. d. q. 10. num. 5.* sed & insuper, etsi sua auctoritate actor reum venire nolentem nec satisdantem trahere potuerit, priusquam tamen ipsum vocaret, necesse habebet Prætorem adire libelloque oblato petere, *ut vadari reum liceret*, hoc est, ita vocare, ut nisi vadibus satisda-

ret,

ret, dicta anteſtatione prævia manus injectione ad prætorem ipſe duci trahiq; poſſit. Quod ſi itaq; Prætor libellum hunc ſubnotaret ſubſcriberetq;, adeoq; nolentem trahendi poteſtatem faceret, tum in jus vocatus à Prætore ibat ad reum, & anteſtabatur, medioq; anteſtationis reus rapiebatur, *V. Ravard. d. c. 5. p.* 29. Anteſtationis autem quis fuerit ritus, optimè videbis apud *Ravard. d. lo. Tholozan. d. n.* 23. *Marcil. d. c.* 1. *& Hillig. D. E.* 23. *c.* 2. *lit.* O. Potuit igitur actor veniâ ut vadari reum liceret, à Prætore prius impetrata etiam ſine viatore, (quandoque tamen viatores unà adhibiti, ſed id ſemper neceſſarium fuiſſe, probari vix poteſt, *V. Robert. d. lo. cap.* 1. *Vultei. d. c.* 1. *p.* 17. tametſi *Coraſ. ad l.* 6. §. 1. *de rer. diviſ. n.* 12. ſine apparitore neminem vocari potuiſſe per *l. ult. C. de exhib. reis*, exiſtimet) reum rapere. Prætor itaque neceſſario prius adeundus libello dato: quod quoniam *Robert. Vaud. & Forner. dd. locis.* non adverterunt, in eum errorem lapſi ſunt: & ergo hinc non incommodè omnes textus ab ipſis & etiam à *Don.* 23. *cap.* 2. *verſ. non eſt ſatis ad neceſſ.* citati & objecti, reſolvi & explicari poſſunt. Et ex dictis etiam apparet violentam vocationem iſtam tantum in perſonis extranei aut aliàs latitantibus, tergiverſantibus, & vadimonium deferentibus, exercitam fuiſſe. Nos etiam
2. contra *Vulteium* & alios ſtatuimus, ut maximè hodie quempiam obtorto collo amplius in jus rapere non liceat, propterea tamen dicendum non eſſe, edictum Prætoris de non vocandis ſine venia quibusdam perſonis, amplius non vigere; ſiquidem edicti cauſa non in ductione violenta poſita fuit, uti *Vulteio* & aliis malè perſuaſum eſt, ſed ne ejuſmodi perſonæ famoſis actionibus temerè pulſarentur, *l.* 10. §. 12. *de in jus voc. V. Scheff. d. q.* 25. *num.* 5. *&* 7. Facit *l.* 11. *ff. eod.* ubi ceſſat edicti pœna ſi vocatus patronus non venerit, aut ſi non invitus vocatus ſit: atqui qui rapitur, non poteſt non venire, & non poteſt non eſſe invitus. Quare dicendum edictum hoc Prætoris de veniâ impetrandâ, ad violentam raptionem in jus, haud pertinere: quomodo enim Prætor propitiis auribus audire filium deſiderantem, ut obtorto collo patrem ſibi liceat rapere potuiſſet? quomodo etiam Prætor hoc unquam permiſiſſet? Sed cum prædicta ratio etiamnum militet, meritò quoque hodie, neq; paſſim, neque indiſtinctè, ſed demum veniâ prius impetratè, parentes & ſimiles in *l.* 2. *&* 4. *de in jus voc.* in jus vocari poſſe aſſeremus: Et alias omnino fruſtrà pro tribunali Spirenſi tractata fuiſſet controverſia, *An vaſallus ſine veniâ & c. Geil. Mynſing. Hartman. dd. locis.* Si nimirum hodie hujus edicti

dicti vis expiravisset, *eleg. Gothof. Anton. th. 10. d. disp. 3. Scheffer d. q 25. n. 6.* Sed inquies, hodiè solùm Magistratum citare, & quidem causæ cognitione quadam prævia; adeoque hodiè neminem sine venia & permissu Judicis in Jus vocari posse *V. Tr. d. l.* sed bene hic respondit *Vmm. disp. pr. 5. n. 32.* Ut ut sit, hodiè constat judicem actoris libello adeundum, quo processum sibi decerni atq; adversarium citari petat: quæ supplicatio pro extrahendo processu nostris dicitur: *Frid. l. 1. de proc. extr.* longe autē alia est hæc generalis petitio actoris pro decernenda citatione, in quavis vocatione, etiam extranei hodiè necessaria *Geil. 1. O. 48.* ab hac veniæ petitione & concessione; ubi actor qualitatem personæ suæ V. G. quod sit filius, & quam reverentiam reo debeat, quaq; actione experiri velit, exponere cogitur: Ubi ideo judici causæ cognitio adhibenda, an talem actionem V. G. contrà parentem, dare vel negare debeat. *L. 10. §. pen. de in jus voc. eleg. Hillig. d. c. 2. lit. Z. ens.* Videntur jam hæc obstare iis, quæ diximus antè, quod priusquam etiam extraneus vocaretur, adeundus Prætor libello dato fuerit; hoc enim falsum esse *Bach. ad Tr. disp. 4. th. 1. lit. b. vol. 1.* hinc evincere voluit, quod alias sanè speciali petitione veniæ in certis & conjunctis personis non fuisset opus? sed resp. potest; Ibi adeundum Prætorem fuisse, *ut vadari reum liceret*; hoc est, invitum obtorto collo trahere; Hic veniam autem petendam, ut simpliciter in jus vocare & diē dicere liceret; ut hoc casu ipsa vocatio à manus injectione separata fuerit; *arg. l. 18. & seqq. de in jus voc.* Post Prætoris permissum itaq; vocari hi quidem etiam poterant, & sequi cogebantur, sed duci non poterant, *arg. l. 48. de V. S.* ni tamen venirent contumaces habebantur, &c. Fallo itaq; dicitur, post veniam, patrem obtorto collo rapi potuisse, cum Edictum hoc: *in jus vocati ut eant*: ad violentam raptionem non pertinuerit. Extranei igitur cogebantur satisdare ni inviti rapi. *Conjuncti* de quibus in *L. 4. §. 1. de in jus voc.* sequi, ni pro contumacibus haberi, vellent. Nos etiam 3. contra Geilium & alios statuimus dominum Feudi vocari non debere sine venia, adeoq; vasallum in libello conditionem suam, quod sit vasallus celare non debere; pro qua opin. licet non faciat æqualitas liberti & vasalli, sæpè non procedens, *V. Fach. 10. c. 90.* ast facit omnino ratio reverentiæ præstandæ *l. 13. de in jus voc.* & quidem juris necessitate 2. *F. 22. ibi salv rev.* rationemq; publicæ honestatis non habent, qui diversum sentiunt *ait Old c. 1. act. 4.* quod præter *Geil. Mins.* faciunt *Fach. d. lib. Bronch. cen. 1. 2. misc. 90. Cottm. resp. 50. n. 15. Vult. disc. 1. ins. Speckh. cent. 1. q. 55.* Nota & vide *q. nostram acad seq.*

In Jure Publico & Privato,

Partis II.

PERICULUM IV.

Quod subivit

Christophorus Bonorden, Buckeb. Schaumb.

Quæstionum Academicarum XXII.

An Vasallus dominum, discipulus præceptorem, &c. In Ius sine venia vocare poßint?

IN *q. acad præced.* ostendimus & diximus, olim potuisse acturum, appellato prius Prætore, reum, obtorto collo in jus vocare; quod præter alia satis constat ex *Plauto in Aular. 2. sc. 4.* ubi Euclio dicitur postulasse à Prætore, ut sibi liceret Milvium vadari: hoc est, ita vocare, ut nisi satisdaret (antestatione tamen solenniter facta de cujus ritu *V. Speckh. cent. 2. cl. 4. q. 10. n. 5. Ravard ad ll. 12. tabb. c. 5.*) manus injectione ad Prætorem posset duci: Hodiè violenta ista tractio in usu desijt esse, & publicâ auctoritate mittuntur viatores qui in jus vocent, quomodo nostri ad quamvis citationem, commissionem seu jussum judicis requirunt, & de quo constare oporteat, per *l. 29. §. fin. ibi verbis à Preside evocato. de minor. l. 25. C. de episc. & cler. c. ex parte 2. de rescript. Geil. 1. O. 48. n. 12. Vant. de nullitat. ex def. citat n. 56. Rosbach pro tit. 22. nu. 24.* Exinde tamen inferendum non erat etiam ideò edictum Prætoris, de non vocandis sine venia quibusdã personis; sin usu esse desiisse, quoniam nec edictum hoc ad violentam raptionem referri oporteat, *Fach. 10. c. 87. Scheffer p. 1. q. 25.* Et ergò consequenter neq; hæ Dd. disceptationes Treutlero, *vol. 1. disp. 4. th. 6. lit. c.* frustraneæ videri debebant; quæ cùm & suas

ſuas dubietates habeant, ideò in eas inquiremus, hoc præmittentes. Generaliter, *inquit IC. Modeſtin. in l. 13. de in jus voc.* eas perſonas, quibus reverentia præſtanda eſt, ſine juſſu Prætoris in jus vocare non poſſumus: Ex hujus *l.* 13. interpretatione propoſitæ qq. optimè reſolvuntur, quare ſciendum; hanc nec nimis latè accipi debere de quibusvis perſonis honoratioribus; nec nimis ſtrictè de ea reverentia, quæ juris neceſſitate debetur, uti voluit *Duaren ad tit. de in jus voc. c. 4*, ſed de ea quæ naturali ratione debetur, *l. 2. C. de in jus voc.* non tamen communi aliqua *l. 25. §. 11. de petit. hered.* ſed propria & cui peculiari ex cauſâ conjunctionis, neceſſitudinis & beneficii accepti inter vocantem vocatumque locus eſt, *eleg. Hillig. D. E. 23. c. 1. lit. y.* Quomodo etſi quidem ſenes ſint perſonæ honoratiores, iis tamen ex communi ratione honor habendus eſt, *l. 5. de jure immun.* adeoq; generalitate textus d. l. 13. comprehenſi non erunt: notus quidem eſt verſiculus antiquus:

Credebant hoc grande nefas & morte piandum,
Si juvenis ſenibus non aſſurrexerat olim.

Ubi tamen ſenes iſti intelligendi, in quibus vitia & vitiorum miniſteria ſenuerunt, ait *Seneca Epiſt. 26.* aliàs videmus plurimos hodiè annis ſenes, quos interim in vitijs juvenes ſentimus, *ait idem d. epiſt.* Et eleg. *A de Guevar in horol. Princ. lib. 3 c. 19. docuit*, magis ad virtutem ſenes, quam ad obſequia juvenes devinctos eſſe, proinde quoque alterorum hac in parte culpam graviorem eſſe; ſæpe enim ſi peccat juvenis, experientiæ defectu, ſin autem ſenex peccat, malitiæ exceſſu fit: ait *idem d. l.* unde ſenem non ita pridem Tyrocinium in delinquendo feciſſe, dixit *Clar. 5. ſent. § ult.* Quomodo etiam etſi uxori, & quidem ex præcepto Apoſtoli 1. Petri 3, verſ. 7. impertiendus honor ſit, non tamen generalitate hujus textus comprehenſa videbitur; unde *Cujac.* 10. *O* 10. maritum ab uxore ſine venia non vocari, ſed benè uxorem à marito poſſe, notavit. Planè ad hanc l. 13. obſervari & diſtingui poſſet inter honorem τιμὴν, & reverentiam σεμνότητα, revereri plus eſſe videtur, & reverentia obſequium quoddam arguit. *l. 5. c. de obſeq. patron.* quomodo tantum dixit Apoſtol. d. c. 3. mulieri impertiendum honorem, & alibi ita monemur, Medicos honorandos eſſe; ſic quoque quod hodie Eccleſiaſticos revereamur, & Reverendos dicamus, huc tamen non pertinet, quoniam id communi ſaltem ratione fieri novimus: neque interim oportet hic argutari & minutias verbulo-

verbulorum superstitiose consectari, *arg. l. 2. juncta l. 3. §. 2. ff. rer. amot. V. tamen l. 1. C. de in jus voc.* ubi à reverentia debita infertur ad veniæ petitionem. Hinc jam sat bene de qq. propositis judicare licebit: nimirum Vasallus hodiè Feudi Dominum in jus vocaturus, tenebitur veniam petere, inq. libello seu supplicatione pro extrahendo processu conditionem suam, quod V. G. Vasallus ejus sit, exprimere, quam reverentiam debeat Domino exponere, quaque actione experiri velit, enarrare, cæteroqui si istis dissimulatis & omissis à judice ad instantiam suam, citationẽ contra Dominum reum extraxerit, in pœnam hujus Edicti incidet, *V. q. acad. prac. inf.* Ratio peremtoria hæc est: cui personæ reverentia tam juris necessitate quam peculiari ex causa, præstanda est, eam indubiè sine venia vocare non possumus *d. l. 13.* Sed persona Domini talis est, 2 F. 22. *ibi salva reverentia* 2. F. 7. ubi quid Jurejurando fidelitatis contineatur, exponitur. Ergò &c. Facit pro Domino Feudi etiam hæc ratio. Quod in cujus persona ratio Edicti Prætoris locum habeat, in ejusdem quoq; ipsum edictum *l. 6. §. 1. de V. S.* sed in persona Domini ratio edicti, ne scilicet temere in jus vocetur, & famosa forte actione pulsetur *l. 10. §. pen. de in jus voc.* etiam locum habet, *arg. 2. F. 6. ibi honestum 2. F. 7. ibi, vel quod tu amittas aliquem honorem*, Ergò, &c. Sed inquies: Etiam in persona uxoris hæc ratio Edicti locum habet, *per d. l. 2. l. 3. §. 2. ff rer. amot. Vmm. disp. prac. 5. th. 7. n. 38.* Ad cujus tamen personam Edictum hoc non extenditur; uti ante diximus. Verum hic responderi potest, quod quidem turpis actio adversus uxorem negetur, sed in honorem matrimonij d. l. 2. propter reverentiam personarum d. l. 3. §. 2. ut adeò hoc simul & ferè magis favore ipsius mariti introductum videatur. *Gothof. ad l. 1. r ff. eod.* tametsi propter fidem reciprocam & mutuum honorem inter uxorem & maritum, benignè dicamus, veniam quoque contra uxorem prius impetrari decere, durum tamen foret, impetratione omissa ex Edicto pœnæ locum dare, cum odiosa nimirum extendenda non sint. Iterum jam hic inquies: Si itaque odiosa & pœnalia extendenda non sunt, contra rationem ideò Edicti pœnam ad Vasallum extendi; sed tibi negaverim odium istud irrationabile esse; & possunt ob rationis identitatem vel majoritatem etiam in odiosis fieri extensiones *per c. 1. 2. F. 24. in f.* quin imò interpretatione prudentum ad personam Domini aliorumque Edictum hoc extensum dicimus *per d. l. 13.* Et hanc sententiam in puncto juris veriorem existimamus, quicquid *Minsing. Gail. in quæst. acad. praced. citati*, usi [illegible]

Cameræ

Cameræ opinionem contrarium probatam esse testentur; quoniam & horum fidem dubium antè reddidit *Hart. junior in addit. ad Hartm. tit.* 54. O 44. Et nostram opinionem usu servari post. à testatus quoq; fui *Wes. in π. de in jus voc. n.* 6. ut ut sit, hinc commodum monebimus Vasallum, tutius ac honestius ipsum facturum semper, si agendi veniam prius petiverit. Cœterum quod discipulum attinet Duar. *ad d. tit. d c.* 4. existimat, ab ipso sine veniâ impunè præceptorem vocari posse, quod non necessitate legis ei reverentia præstetur, sed suasu honestatis: Huic tamen quam plurimi contradicunt, *Menoch arbitr. cas.* 500. *Rebuff. privil. scol.* 70. *Rosba. h. process. tit.* 21. *n.* 12. præcipuè ex hac ratione, quod Præceptores Parentibus adjungantur, § 5 *j quib ex caus. manum.* parentes vocentur, *l.* 4 *C. l. at* & ergo æquali cum parentibus jure colendi sint, *l.* 9. *de obseq par.* sed tamen nescio an exinde hic magni præjudicii effectus inferri possit: si tam latè verbum *parentis* acceperimus, nec Presbyterum parochialem, quia ille dicitur quoq; pater *in c. quis dubitet dist.* 96. *c. sacerdotes.* 6. *q.* 1. imò Deus *in c. cum ex injuncto de heret c. sacerdot. ii q.* 1. sine veniâ vocabimus, cum tamen nullus dubitem B. dictum hoc prætorium de eo accipi non posse: Quicquid sit, distinguendi hic erunt Præceptores, nec enim de quibusvis fortassis annuis aut leviter operam mercenariam locantibus, hoc rectè affirmabitur, sed bene de Doctoribus Magistris & Præceptorib. Academicis, quoniam & isti simul quasi Magistratus loco à studiosis habentur atque reverentur. Si jam dixeris, Senibus etiam penè eundem honorem, cum Magistratibus, tribui, *d. l.* 5. *de jure immun.* neque tamen eos cum veniâ vocandos esse, uti antea ostendimus: respondebo: rectè PENE: scilicet quoad Ethicum impertiendum honorem, non etiam politicam subjectionem. Magistratui summam reverentiam deberi juris necessitate quis negabit? eadem senibus non debetur. Et Præceptoribus honor debetur ex peculiari causa beneficii accepti; non ita senibus: proindè hactenus magna imparitas. Et nos hæc hactenus.

XXIII.

An statutum de lucranda dote maritis competens; vel etiam statutum de conjugibus sibi invicem succedendis, ad sponsos sponsasq; de præsenti extendendum sit?

IN hac quæstione explicandâ Interpp. hærent, tanquam mures in pice. ait Cypra de sponsal. cap. 5. §. 35. qui tamen ad eam respondere facilè esse putavit n. 1. Scilicet! cum ne ipse quidem hanc rectè distinxerit, & aliàs tot eruditissimi JCti hic fluctuent. Mynsingerus 6. O. 78. quæstionem hanc adeo esse intricatã, ut decisione Imperatoriâ, indigeat bene observavit. Nimirum utriusq; sententiæ patroni reperiuntur, & ab utraq; parte, sententia, quæ defenditur, *communis recepta*, & in consulendo judicandoq; *sequenda*, proclamatur: ut judici etiam exercitato non immeritò hic aqua hæreat. Sanè non una voce hæc definiri possunt: mores civitatis cujusque sunt diligenter observandi, & ipsius statuti verba probè ponderanda, ex iis q; discretè judicandum. Unde si statutum forte tale fuerit: *Maritus in casu non existentium liberorum dotem lucrari debet*: facilius videri & judicari posset, statutum hoc ad sponsum de præsenti porrigendum non esse, de quo tamen si istud simpliciter ita propositum esset *Maritus dotem uxoris suæ lucrabitur*: non iniquè addubitaretur, *Gail. 2. O. 80. n. 2.* quid si statutum per verba: echte Mann: echte Fraw: conceptum esset; vel etiam ita: lenger Leib / lengstes Guth? utique difficilius ibi extensionem ad sponsos de præsenti permiseris, quam hic. Quare non effugiunt fraudis aut malitiæ suspicionem Causidici illi, qui Facultatum juridicarum Decanos consulturi, (expertus loquor) statutum ejusmodi in medio esse nudè allegant, verborum tamen ejusdem copia non simul transmissâ: Cum itaque diversorum locorum statuta nonnunquam verbis varient, adeoq; quandoq; generalius, sæpè etiam restrictius, loquantur, non possunt uno sensu aut communi regula hæc, & quidem in specie certò definiri, & per consequens neque sciri quæ sententia in praxi communior, veriorve sit recepta atq; sequenda. Quamobrem quid hic in *puncto juris* verius sit & quidem in *genere* dispiciemus. Paucissimos ex Neotericis adducam utriusq; sententiæ Patronos: cæteros infinitos videbis apud consultiss. *Cott. vol. 2. resp. 88. num. 52. & 79.* Pro negativa disputant: *Cypra de ló. Tholoz. 45. syntag 14 n. 7. Vasq. 1. contr. usufreq. 33. n. 1. Tiraq ad l. 8. C. de rev. donat. vers. don. largitus n. 221. Bach. vol. 2. disp. 7. th. 1. lit. d. ad Tr.* qui statutario illi lucro locū esse negant si non traductio & complexus maritalis sequutus fuerit. Pro affirmativa: *Berlich. concl. 25 à n. 1. ad n. 13. p. 3. Alb. Gentil 2. de nupt. 29. Costal. in l. 5. de donat. int. vir. & uxor. & in l. 2. de sponsal. Harpr. pr. tit. j. de hered. quæ ab int. def. n. 431. & seqq.* qui hoc lucrum

lucrum etiam sponsæ de præsenti nec cognitæ, nec reductæ deberi affirmant. Videri possemus Soli meridiano lucem inferre, si utriusque sententiæ, negantis & ajentis, argumenta ad longum producere anniteremur, quoniam hoc doctè & egregiè jam præstitit præ omnibus *Cottm. de resp.*88 itaque breviter & paucis excerpta eadem subjiciemus. Negantium potiores rationes hæ sunt: 1. Statuti verba intelligi debent propriè, ac strictè prout jacent verba, nec possunt interpretatione adjuvari, maximè quando sunt correctoria, *Geil.* 2. *O.*33 *n.*9 ne quidem ex identitate rationis, *idem d n 9. Fab. Turret in tr. de eff. & def clausf. codicill. q.*155 *num.*4. propriè autem & in stricta significatione sponsa nec est neque dicitur uxor, sponsusque nec maritus, *l.*12. §. 2. *de rit nupt.* Sed hæc sunt

Nomina, quæ primo sumpsimus in thalamo.

ait Ausonius, *V. Cypra de sponsal c* 5. §. 9. *n.*4. 2. Statuti verba ita sunt explicanda, ut quantum minus fieri potest, juri derogent communi, etiamsi ad impropriissimam significationem essent detorquenda, per *Schurff. consil.*36 *n* 8. *cent.* 2. *Cardin. Tusch. t.*7 *lit. S concl.*573 *n.*7. qui in *concluf. prac.* 572. *n.* 10. eleganter inquit: quando statutum correctorium potest operari duo, & unum contra jus, operatur unum, ut quando minus corrigat, non debent enim singularia multiplicari, *Fachin* 12. *cap.*97. *vers. nonum argum.* quod sanè hoc casu fieret, si appellatione *uxoris* etiam sponsam intelligeremus, atque ita quod de conjugum propriè ita dictorum, successione, contrà Jcommunis dispositionem statutum ad sponsam de præsenti quoque extenderemus. 3. Maximè si statutum loquatur & disponat von echten Männer / echten Frawen: tum etenim indubiè statutum respicit ad matrimonium benedictione Sacerdotali, carnaliq; copula consummatum, *arg l.*5. §. 2. *ne quis eum qui in jus voc. c.* 4. *de cler non resid. in Eccles.* quibus textibus docetur, statuta veram certamq; facti existentiam requirere. Unde 4. cum talia statuta in defectum liberorum proponantur, quibus non existentibus ejusmodi lucrum parti superstiti acquiratur; sequitur casum quoque hic supponendum talem, quo liberi possint suscipi, & ergò ad uxorem talem, quæ erat à marito cognita, & mortis tempore in potentiâ procreandi liberos hoc pertinebit tantum, *Geil. & Vasq dd. locis.* Facit 5. Quod sub conditione nuptiarum promissum est, non debetur nisi accesserit ipsa nuptiarum festivitas, *l.*24. *C. de nuptiis*: quæ ergò cũ in sponsis de præsenti impletæ consũmatæq; nondum sint,

 hoc

hoc promissum etiam ad eos nondum spectabit. Sondern wenn ihnen die Decke vber den Kopff ist / dann seyn sie erst gleich Reich. 6. Indignus est commodo, qui onera matrimonii nulla sustinuit, *l.* 10. *de R I.* cum itaque dos detur propter hæc onera, dotem ille non lucrabitur qui eadem non sustinuit, *l 7.pr de jur dot* Et ergo videntur ipsi statuentes respexisse ad hæc onera, quæ qui sustinuerit, ut ille etiam dotem lucrari debeat. 7. Et cum hodie fere tantum sponsalia de præsenti celebrentur, effectum tanti præjudicii attribuere velle, videri possit absurdum, tum quod aliàs nimium sæpe proximiores indebite damnum pati cogerentur, tum etiam, quod ita fere tale statutum nimium certo votum captandæ mortis contineret: quare hoc magis restringendum, hicq; effectus limitandus erit. Et hæ sunt negantium potiores rationes, quas aures quidem demulcere, sed nihil habere de substantia, dubito an rectè dixerit *Cothm. d lo. n.* 105. Interim posset ad eas ordine ita R. Et ad 1. Quod sponsalibus de præsenti contractis, etiam ante copulam, proprie conjuges dicantur. *c.* 5. *& 6. caus.* 27. *q.* 2 & considerato præsertim vinculo, quod amplius nisi ex gravissimis causis hodie solvi potest, *vir* & *uxor* haberi dicíq. possint *arg. Gen.* 29. *vers.* 21. ubi Jacob loquens de Rachele, sibi tum desponsa, trade, inquit, mihi uxorem meam: *Deut* 22. *vers.* 23 *&* 24 *c.* 40. *caus.* 27. *q.* 2. *Geil. d* O. 80. *n* 5. Sane in usu juris sponsa de præsenti pro vere uxore censetur, *V Cothman. d. lo. n.* 70. qui ibi ex pluribus allatis exemplis hanc regulam construit, cui ergo tamdiu inhærendum, donec officium suum perdere demonstretur, *V. etiam Gotofr. ad l.* 1. *de sponsal.* Citata *l.* 12. §. 1. *de rit. nupt* loquitur de sponsa de futuro, quæ tantum abest, ut uxor sit, ut etiam nihil sit aliud quam sperata, *Cujac. in cap* 9. *de eo qui cogn consang. &c.* Ad 2. quod non tamen ideo statuta judaice sint intelligenda, hoc est captiose, fraudulenter &c. *Geil. d. O.* 23. *n.* 7. & jam dictum vi proprietatis verborum in ejusmodi statuto venire quoque sponsos de præsenti, tanquam coniuges: Quin ipse *Fachin* allegatus *d lo.* respondet, non esse veram hanc conclusionem, quod duo specialia non possint simul concurrere, quem *V.* 8. *c.* 75. *vers. nunc de singulis*; Ad 3. quod vel iste casus excipiendus sit; vel quod statuentes verbis iis illegitimam conjunctionem, sicq; concubinam, aliamve non juxta leges conjunctam, excludere solum voluerint, affirmandum, vel negandum non posse de præsenti sponsam & jam jam copulandam etiam eine echte Fraw / legitimam uxorem,

xorem, appellari; neque enim benedictio sacerdotalis ad veri matrimonij substantiam requiritur, per trad. *à Cottm. d. resp. 88. n. 5. & resp. 10. vol. 1.* neque ipsa copula aliquid legitimitatis uxori spõsæve potest addere, proinde nescio an rectè verba hæc: echte Fraw: pro carnaliter cognita explices siquidem & concubina sic cognoscitur, quam illegitimè tamen hodie nobis adjungimus: quare aliud est, propter quod hoc nomen uxor assumat, scilicet vel mutuus consensus, vel sacerdotalis benedictio: sed non ob hanc *Cottman d. resp.* Ergo ob illum. Et quid si post benedictionem, tamen; tamen ante carnalem copulam (vide exempla apud *Cyp. d. § 15. n. 5*) alter novorum nuptorum moriatur? fiet ne ob copulæ hujus defectum nihilominus tali statuto locus? quod forte non negabis: quare tam præcise istius copulæ ratio habenda nec est. Ad 4. respondet *Cottm. d resp 88. n. 134.* scilicet hanc conditionem: Si sine liberis alter parentum decesserit: filiorum nasciturorũ respectu & favore apponi, quare in odium ipsorum contrahentium eam interpretandam haud esse: sed hæc responsio in specie pertinet ad pacta dotalia: quomodo superstiti sponso sponsæve de præsenti lucrum ex his pactis licet altero post cõtracta sponsalia ante nuptiarum diem mortuo adhuc obvenire respondit *Cottm. d. resp. 88. & Geil. d. obs. 80. n. 13.* ubi ideo tradit, tutissimum esse hanc clausulam: nach beschehenem ehlichen Beylager: pactis dotalibus inseri. Cæterum, etsi quoque statutum de lucro dotis mentionem liberorum faciat, videri posset, statuentes, ita ad casum frequentiorem respexisse, incluso tamen, hoc rariori, si quandoq; sponsum brevi antè vel in ipso nuptiarum die mori contigerit, *arg. l. 3. 4. 5. de L.* constat enim non censeri exclusa ea, quæ eandem rationem cum inclusis habent, *l. fin. C. ad l. Falcid.* quæ verò est ratio lucrandæ donationis propter nuptias, eadem & dotis est, *Geil. d. Obs. n. 19.* Ad textum *l. 14. C de nupt* quinto loco objectum videri potest *Bach supra alleg loco* Ad 6. quod sit fallacia finis, quoniam finis seu causa impulsiva hujus statuti in favore matrimonii magis collocanda est, ut scilicet mariti, tali lucro proposito, invitentur ad conjugium, & ad officium prolis gignendæ alliciantur. *Cottm. d. resp. 88. n. 125.* quem finem etsi postea ob casum fortuitum mortis intervenientem non possint adimplere, non debet tamen hic casus lucro dotis privare jam jam futurũ maritum *l. 6. de pignor. act. cum similib.* Ad 7. & ult. quod hoc absurdum iis non videatur, qui sponsalia de præs. verè esse matrimonium verum disputant & probant, & ergo si talia statuta in præjudicium pro-

ximiorum heredum in persona ipsorum conjugum stant valentque, optime stabunt etiam in persona sponsorum de præsenti, tanquam verè conjugum, *Costal. suprà citat. loco.* Hoc autem quod de voto captandæ mortis affertur, Italis esse relinquendum, quasi apud Germanicam integritatem parum cognitum, dixit ante nos *Zas. cons. 1. lib. 2. n. 35.* & ex eo *Barth. Musc de confratern th. 31.*

Affirmantium potiores hæ sunt 1. Non dubitari potest, quin lucrum statutarium ad maritos simpliciter pertineat; neque ergo dubitari etiam debet, quin idem ad sponsos de præsenti pertineri debeat, ratio: siquidem & hi pro veris maritis habentur: ubi namque consensus, ibi verum matrimonium est *l. 30. de R. I.* concubitus quidem postea accedit, non quasi ad matrimonii substantiam quicquam faciat, sed ut matrimonium finem suum, nempe liberorū procreationem, accipiat, concubitum etiam benedictio sacerdotalis in Æde Sacra adhuc præcedit, non quasi tamen & hæc ad matrimonii τὸ εἶναι, sed tamen ad τὸ εὖ εἶναι pertineat, ut scilicet matrimonium piè, honestè & reverenter habeatur, & conjuges Deo piis precibus commendentur, *Cotm. d. resp.* 10. 2. Interpp. nostri regulare esse scribunt, sponsam hanc pro uxore haberi & censeri, etiam in pœnalibus, *Treutl. disp. 6. th. 1. lit. c. vol. 2. arg. l. 6. & 8. de gradib l 3. & 4. ad l. Pomp. de parricid. Deuter. 22. verf. 23.* Quid ni ergo quoq; in favorabilibus haberi & censeri debeat? *arg. l. 1. ibi interpp. C. unde vir & uxor. l. 6. & 7. de rit. nupt.* Unde 3. etsi statuti verbis uxores continerentur, tamen & in persona hujus Sponsæ idem servari debere, consequitur per *l. 14. ad SCtum Macedon.* ex qua Dd. confirmant statutum extendi ad casum, qui sub larga verborum significatione contineatur *Fachin. 10. c. 29.* Non negabitur autem contineri sub lata uxoris significatione etiam sponsam de præsenti. Quia 4. & alias ferè semper potentia actui proxima habeatur pro actu, seu jam jam clr genda pro cincta, mox ducenda pro ducta, *per jura vulgata.* Facit maximè 5. pro hac sententia textus sat evidens *l. 15. de cond. & demonstr.* ex quo apparet, quamvis sponsa nondum in cubiculū mariti venerit, nupsisse tamen videri, adeoque conditionem matrimonii impleri ex solo consensu, non ex concubitu maritali quæ ratio in *d. l. 15.* subjecta arguit, uxorem solo consensu duci, & statim tum esse uxorem. postquam ducta, hoc est, maritali consensu fuit accepta. Et bene *ibi Hotofr. notat*, eam adductam esse, quæ ver-

bis de

bis de præsenti ducta sit, licet neque in domum mariti deducta fuerit, neque cum sponso concubuerit: Et ergo sponsa verbis de præsenti ducitur: ducta vero nupsisse videtur: Sed quæ nupsit, uxor est; quod itaq; uxori nuptæ statuto debetur, hoc idem sponsæ verbis de præsenti ductæ debeatur oportet. Et hæ sunt affirmantium potiores rationes, quibus tamen nihil aliud agi, quam bonas horas malè collocari, oleumque & operam perdi, nescio an jure dixerit Cypræ. d.l.n.2. Interim posset & ad has ordine sic resp: Et ad 1. negando istam consequentiam consensus quidem sponsalia de præsenti contrahentium, etsi ratione indissolubilis vinculi facere nuptias videatur, non tamen propterea omnes nuptiarum effectus inducit, nimirum quam diu sponsa de præsenti in Ecclesia nondum copulata, domumque deducta est: postquam deductionem in Ecclesiam & domum, matrimonium pro consummato habetur, & exinde demum omnes effectus plenissimè locum habere incipiunt: atque hæc in Ecclesiam & domum deductio cum moribus nostris frequentetur, probabile sat est: statuta & ipsos contrahentes ad eam respexisse, in huncque casum matrimonij consummari disponere voluisse, *arg d.l.5.§.2. ne quis eum qui in jus c.4. de cler. non res. in Eccl.* Et sane non dixerim benedictionem & copulationem coram facie Ecclesiæ hodie fieri solitam, ad *τὸ εἶναι* haud pertinere, sed rem nostræ libertatis esse: Notissimum est J.Can. concubinam uxoris loco haberi, & vera uxori aliquando opponi *in c.4. cum seq. dist.* 34. ubi concubina, secundum canonistas, dicitur non quæ verè concubina sit, sed uxor, quæ propter defectum solennitatum externarum, deductionis in Ecclesiam, benedictionis sacerdotalis pro vera uxore non habeatur, quomodo neque mihi illa hodie vera uxor dicetur, quam Sacerdos publicè non conjunxit. Ad 2. quod dicitur, sponsam in pœnalibus pro uxore haberi, cautione multa indiget, & ipsi dissent: facile concesserint, cum pœnalia extendenda non sint, textus sponsam uxori hac in re exæquantes, intrà suos terminos coerceri debere: Cœterum nec nimium etiam favores ampliandi sunt, scilicet in Collateralium præjudicium. Ad 3. quod nec minus vulgatum sit in statutis attendi debere proprietatem verborum, Sponsa verò de præs. demum post deductionem in Ecclesiam uxor dici potest: Dicantur licet ob nuptias, ratione vinculi, Braut vnd Bräutigamb/ attamen ob matrimonium dicimus Mann vnd Weib/ cum itaque statuta recipiant interpretationem ex communi usu loquendi ipsorum statuentium, nunquam autem ob

rem ob sponsalia nominemus contrahentes, virum & uxorem Mann und Weib, matrimonium Ehebette sed sponsum & sponsam Braut und Bräutigamb / sponsalia Ehe-Gelübde / non ergò appellatione uxoris, Weibes / veniet in statutis sponsa, &c. Ad 4. dici potest, quod sapientissimè *Duarenus ad l. 4. de re judic.* & sæpissimè dixit, in brocardicis his sententiis malè ullam constitui definitionem. & jam dictum antè non videri statutum de ejusmodi potentia sensisse, sed de veris, perfectis & consummatis nuptiis; *d. l. 5. §. 2. d. c. 4.* Ad 5. & ult. videri potest *Bach cit. lo.* Nos ex hisce ita disputatis docere volumus utramque opinionem probabiliter & pro re nata defendi posse, neque hic certi quid respondere adeò facilè esse, sicuti Cypræus putavit. Judicium nostrum si quis requirat, hasce qq. distinguendas dixerim, quas male confundit *Cypr. d. l. alibiq.* Statutum de lucranda dote disponens, ad sponsum non porrigendum facile existimarem, quoniam lucra oporteat & soleant esse reciproca, per hoc tamen dotis lucrum soli marito attribuitur nihilq; uxori in eundem casum adsignatur. Et ergo tale statutum tanquam minus favorabile, strictissimè ad maritum solum restringendum erit. Cæterum statutum reciproce vocans uxorem ad mariti, maritum ad uxoris successionem, favorabilius est, adeoque ad extendendum facilius. Quomodo Consult. Dn. Cottman, *d. resp.* 88. hæc statuta consideravit & distinxit, apud quem videbis plures differentiæ causas; *n.* 146. 147. 148.

XXIV.

Conciliantur l. 10. de Jurisdict. & l. 77. de Iud. & defenditur Patrem in causa Filii, & è contra alii; quando tàm jus dicere, quàm judicare posse.

ULpianus in *in d. l. 10* ait, *Qui Jurisdictioni præest, neque sibi, neque liberis suis jus dicere debet.* Affricanus *in d. l. 77.* ait, *In privatis negociis Pater Filium, vel Filius Patrem judicem habere potest.* Repugnantia apparent esse hæc responsa. Quare conciliationi eorum opera danda, legibus enim quæ videntur contrariæ, danda est concordia §. 15. *de conf. digest.*: Et de hac antinomia 30. auctorum sententias optimè congessit *Hillig. D. E. 17 c. 115. lit. b* Quibus plures etiam addidit *Nic. Genoa de concil. omn. ll. in hac. concil.* Nos

breviter videbimus. Pro Ulpiano possunt esse hæ rationes 1. lites debent sine suspicione prrocedere, *l. 16. C. de judic.* hac vero laborat pater in filii causa quam certissime, *Arist. 3. pol. 6.* 2. Hinc generaliter traditum, posse quemvis Iudicem propter vinculum sanguinis, & amoris: jure recusari. *l. 5. pr. de iniur.* 3. Et expresse vetitum, ne quis in re propria, *judicet vel ius dicat*: in *l. un. C. ne quis in sua causâ*: causa autem filij, etiam patris propria videtur, per *l. fin. C. de imp. & al. subsit: l. 22. §. fin. ibi, pars quodammodo corporis eius. C. de agr. censit. §. 5. ibi: vox patris vox filij. j. de inutil. stipul.* 4. Et certe, si idoneus testis non est, cui potest imperari. *l. 6. de testib.* quomodo judex erit ille, cui imperare possumus? Quare cum filio pater imperet, neque ei filius idoneus testis est, *l. 9. & 10. ff. eod.* neque etiam judex. *d. l. 10.* Pro Affricano possunt hæ dari; 1 judicare munus publicum est. *l. 78. de iudic.* in publicis autem patria potestas non attenditur. *l. 9. de his qui sui vel al. l. 14. ad sc. Trebell.* 2. hinc filius fam: Magistratum gerens, patrem, in cujus potestate est, *cogere* potest, suspectam dicentem hereditatem, adire & restituere, *l. 13. § fin. ad Treb.* ubi patet filio jus dicenti non ut filio, sed ut Magistratui, paret, inquit *Cujac. ad d. l. 77.* 2. Et certe judicandi munus necessarium est, *l. 18. §. 14. de mun. & hon.* quare hoc Pater filiusve detrectare non possunt. 4. JCtus *in l. 6 de recept. arbitr.* ita infert, quoniam filius de re patris judex esse potest: Ergo & poterit esse arbiter, nam quoque arbitri quasi judices publicam etiam personam sustinere videntur, *arg. l. 1. ff. eod.* cum itaque filius in causa patris arbitrari possit, *d. l. 6* quomodo non & in eadem judicare posset? siquidem illud difficilius admittendum erat, tum propter arbitri potestatem, quam habet laxiorem, cum non ut judex formulæ adstringatur, sed pro arbitrio pronunciet, *l. 27. §. 2. ff eod.* tum quod judicis sententia appellatione emendari possit, arbitri sententiæ, metu pœnæ, sive æqua, sive iniqua, standum sit. *d. l. 27. §. 2.* Nos hinc ideo sic argumentabimur; Quæ ratio constituit, ut filius de re patris possit arbiter esse; eadem jam antea constituerat, ut quoq; posset de re ejusdem esse judex: *d. l. 6.* ubi argumentum ducitur à judice ad arbitrum, & filium quia judex esse possit, etiam arbitrium recte suscipere, infertur, sed illud solus consensus partium constituit, *t. t. de rec. arbitr.* Ergo & hoc: sibi imputet, inquit *JC in d. l. 27. §. 2.* qui compromisit: h. e. suo consensu vim eam & potestatē arbitro attribuerit, *l. 20. ibi Gotofr. de recep. arbitr.* Similiter sibi imputet filii patrisve adversarius qui in patrem filiumve judicem consensit; hoc est, suo consensu juri recusandi

Tt pro

pro se introducto, *d. l. 5. pr. de injur.* renunciaverit. Quo itaq; casu filius de re patria recte arbitrabitur, eodem etiam recte judicabit; vel è contra: sed eo casu, quo adversarius in arbitrum electum consenserit, illud rectè fiet, quare & hoc tum demum etiam rectissimè. Et videtur illationis in *d. l. 6.* hæc esse ratio præcipua: Quoniam ex consensu litigantium pater causam filii judicare potest; etiam patrem ex eodem consensu de re filii arbitrari posse: Ratio: siquidem arbitri partium voluntate & consensu quæruntur & eliguntur, *d. l. 20. l. 27. §. 2. & t. t. de rec. arbitr.* Regulariter igitur pater in causa filii quoniam suspectus est, *d. l. 5. de injur.* à parte adversa recusari poterit, tam quoad arbitrium, quam quoad judicium, *l. 16. C. de judic.* quando vero pars adversa patrem non recusat, sed in ipsum consentit, tum pater de re filii judicare & poterit & debebit, *d. l. 77. juncta l. 18. §. 14. de munerib.* consensus enim adversarii suspicionis periculum planè tollit, *l. 145. de R. I. l. 1. §. 5. de injur. l. 11. in fin. de in ius voc.* Dd. communiter quidem admittunt, filium in causa patris *judicare* posse, *d. l. 77.* non etiam *jus dicere* debere, *d. l. 10. Costal. & Ant. Faber in d. l. 10. Bocer. de Idict. c. 9. n. 8. Obrecht. de Idict. c. 12. n. 10. & alii* plures, sed malè, *judicare* est proprie judicis dati, pedanei delegati, qui cum consensu partium dari soleat, *l. 23. pr. de appellat. l. 2. §. 2. l. 47. de judic.* ideoq; si litigans cum patre, in ejusdem filium dandum consentiat, per consensum affectionis suspicio tollitur, & ideò filius judicabit, *d. l. 77.* Atquin inquies, alia ratio superest, quæ judicantem filium excludat, nimirum unionis fictio, quod filius cum patre censeatur eadem persona: Et ergo *per l. un. C. ne quis in sua causa, V. rat. 3. pro Vlp. adductam*: sed ad hanc objectionem ab ipso JCto in *l. seq. 78. de judic.* respondetur, hanc unionis fictionem hic cessare propter munus publicum, quale *judicare* est: Benè JCtus igitur in *d. l. 78.* removet objectionem hanc, quæ à jure potestatis poterat desumi, scilicet hoc jus in muneribus publicis non attendi, *l. 9. de his qui sunt sui.* Nec stringit *Corasij 4. Misc. 9.* objectio: cum casum quo adversarius in patrem consentiat, rarum esse aut nunquam eventurum: quoniam hoc facti est, & nos de jure inquirimus, quin ipsa *d. l. 77.* casum hunc contingere posse præsupponit; Et quid si patri filiove negocium rectius quàm aliis cognitum fuerit? quid si multum de probitate & judicii integritate ipsorum pars adversa præsumat? &c. *jus dicere* est proprie judicis ordinarii, Magistratus, Prætoris, qui etsi nostro consensu non eligatur, æque tamen etsi filius sit de re patris, vel è contra, jus dicere poterit, si modo in ipsum

plum pars consentiat: tum quod & hic consensus adversarii susceptionis periculum tollat; tum etiam quod ratio d. l. 78. d. l. 9. sic quoque obtineat; Neque jam obstat d. l. 10. de Iudic. quia eam de eo casu interpretamur, cum Don. 17. com. 15. quo adversarius jus dicentem patrem in causa filii ut suspectum recusat, quippe tunc jus dicere non debet. Non debere ait JCtus in d. l. 10. quod eum posse argumento est, nimirum volente & non recusante adversario, d. l. 77. & hac monitione opus non fuisset, si nullo modo Magistratus jus dicere potuissent. Neque etiam obstat, differentiæ ratio à Dd. supra citatis, inter jus dicere, & judicare data, quasi illius arbitrium liberum, judex vero formulæ adstrictus, ex ejus præscripto judicare debeat, tum quod nihilominus etiam in notione facti, quæ judici dato committitur, affectioni indulgere pater possit arg. d. l. 1. §. 4. ad Turpyll. ibi: facti quid. quæstio. V. Lykl. 5. membr. 5. tum quod facti quæstio materiam gratiæ vel ambitionis quoque tribuat, l. 79. in f. de judic. tum quod ex ista ratione tantum sequatur, judicem pedaneum minus, magistratum verò magis suspectum esse: & ergo hunc sæpius recusari posse ut tamen aliquando, volente ita adversario jus dicere possit, quo casu tanto magis adversario hoc imputandum: tum deniq; quod illa Dd. distinctio hodie minus videatur accurata per rubr. tit. C. ne quis in sua caus. judicet, vel jus sibi dicat. Neq; etiam obstat, Si dixeris ordinarium judicem & magistratum civili recusari non posse, adeoq; simpliciter in d. l. 10. prohiberi debuisse, ne liberis suis jus diceret, judex datum autem cum possit recusari, sibi imputet, qui passus est apud eam causam agi, Wesenb. in t. C. ne quis in sua causa n. 30. Bronch. 1. ass. 10. Duaren. in d. L. 10. de Idict. Quoniam hic respondemus, istam sententiam dubiam & ex jam dictis suspectam, quamq; nos infrà etiam falsam esse docebimus, V. inform. meam ad Bach. & Hunn. c. 3. ad vol. 1. disp. 12. th. 11. Deniq; nec obstat si dixeris, ex hac nostra sententia & dd. ll. interpretatione sequi, sic dictos ll. 10. & 77. nullam dubitandi rationem habere; tum quod alias neque aliquam dubitandi rationem haberet d. l. 6. de recept. arbitr. V. eleg. Duaren. 1. disp. 51. tum quod adhuc aliqua dubitatio subsit, nempe in patria potestate, & quæ exindè est, unionis fictione, V. eleg. Donell. d. c. 28. Et ne quis nos divinationis accusare possit, quod sic d. l. 10. interpretemur, hanc rationem subjicimus. Magistratus omnibus se adeuntibus jus dicere debet, l. 9. 28. §. 14. de muner. l. 13. §. 2. de vacat. mun. & ergo etiam in causa suorum. l. 13. §. fin. ad Trebell. tum quippe quoque Magistratus est, l.

 16. de

16. *de offic. præsid.* adeoque ipse vel propter affectionem, aut odium, sese excusare nequit, judicare náq; munus publicum est, *d. l. 78. de judic.* quod privatis illis affectibus non mutatur, *l. 5. ibi eleg. Baro. & Costal. quod cujusq; univers. nom.* Et etsi ipse suspectus sit, hoc tamen non ipsum, sed adversarium filii solum respicit: Quare si ille ipsum jus dicere velit patiaturq;, jus dicere potest atq; debet, *d. l. 77.* quod si vero ille ipsum quasi suspectum recusaverit (hoc enim de jure potest, uti infra docebimus) tùm pater Magistratum gerens jus dicere neque debet, neq; potest, *d. l. 10.* Quomodo apparet nos hic cum *Hillig d. lo.* sentire, adversario consentiente & volente, patrem filiumve, etsi velit, cognitionem tamen detrectare non posse: quibus enim casibus judicare jusve dicere potest, iisdem invitus cogitur, *per d. l. 9. 18. §. 14. de mun.* Ex quibus ita propositis, facile refelluntur rationes suprà pro Ulp. allatæ: Nimirum quod in ratione 1. & 2. dicitur, id concedimus & inde nos dicimus, patrem ab adversario recusatum, debere à judicandi munere abstinere; sed si in patrem adversarius consenserit cessat hæc suspicio, & pater suo munere fungi cogitur. Quod in ratione 3. de unionis fictione, quasi pater & filius eædem personæ videantur, adfertur, id in publicis muneribus fallit, *d. l. 9. de his qui sunt sui vel al.* Et nisi falleret, tum sibi pater quoque jus diceret, cum filio diceret, vel econtra quod tamen non ita est, *arg. d. nostra l. 10.* ubi JC. jus dicere *sibi & liberis suis* separavit: & dicitur in *l. 13. § fin. ad Trebell.* filium patrem cogere posse. Sic autem filius se ipsum cogeret, contra *ejusdem l. 13. §. 4.* Huc itaque non pertinet *d. l. un. C. ne qilis in sua causa* ubi ideo rectè particula: SUORUM: omissa fuit. Ad rat. 4. jam responsum, jus potestatis patriæ, ex qua est imperium paternum, in publicis quiescere, *d. l. 9. cum similibus.* Et hactenus verum ostendimus conciliandi modum. Aliorum cōciliationis nihil moramur, quæ nostra hac meliori conciliatione confirmata satis convelluntur. Ex hisce enim corruit I. distinctio Cujacii *explicat. d. l. 77.* inter posse & debere; quod *possit* pater scilicet in causis privatis pecuniariis, de re filii jus dicere, *d. l. 77.* sed non *debeat. d. l. 10.* uno verbo jus, altero honestas significatur: quare hæc non sunt contraria: corruit inquam hæc distinctio, tum *per d. l. 13. § fin. ad Trebell.* ubi filius cogendo judicat in causa patris, invitumq; compellit, ut quod detrectat faciat: tum per nostram regulam supra positam, quibus casibus judicare potest, iisdem invitus cogitur, *per dd. ll. 9. 18. §. 14. de muner.* tum etiam; quia quæ ratio filium in judicem admittit, nimirum quod judicem

dicem esse munus publicum fit *l. 9. de his qui sunt sui* eadem & eundem judicare cogit, quia & τὸ judicare est munus publicum *.d, l. 78. de judic*, tum denique quia si filius ob honestatem judex de re patris esse non debet, neque de jure etiam esse potest *arg. l. 15 de condit. instit.* Corruit 2. distinctio Duareni d. l. 1. disp. 51. inter judicem dare, & iudicem dari, quasi Prætor in causa suorum judicem aliquem dare, formulamque præscribere non possit d. l. 10. at patrem filio judicem dari, consentiente tamen adversario, posse, d. l. 77. corruit in quam hæc : tum, quod si enim pœnas Prætori judicem daturo, adversarium consentire, idem jus esse oporteat; per supra tradita, tum quod utrique casui ratio in *d. l. seq. 78. de judic.* communis sit; tum quod ex *l. 16. de off. præs.* constet etiam provincias regentes suis licet parcissimè, jus dicere posse; tum quod hujus distinctionis ratio, ab ipsa formula judici præscripta, desumpta, falsa, & jam ante refutata sit, tum denique, quod sæpè *d. ll. 13. § fin. ad Trebell.* apertè contradicat, ibi enim filius cogit Patrem, cogere verò propriè est Magistratus, non judicis dati *arg. l. 5. l. 15. pr. l. l. 55. de re judic.* Et quid si causa suorum talis esset, de qua ipsum Prætorem judicare oporteat in qua neq; judicem dare queat? *l. 2. C. de ped. judic. l. 1. quis & à quo l. 8 de transact.* Sane tum vel ipse de ea cognoscet, vel personam Magistratus exuet : sed hoc non debet, *arg. l. 18. § 14. de muner. &c.* ergo illud potest. Novam Corasii *libr. 4. Miscell 9.* conciliationem, deridet quidem suppresso nomine, *Duarenus d. loc.* Sed rationem non addit, quam ideo videbis apud *Nic, Genoa d. l.* Nos Corasio plurima innovanti hoc argumentum opponemus & tum finiemus. Si in privatis negociis, hoc est, *juxta Coras.* domesticis V. G. adoptione, emancipatione, parens filio poterit esse judex *d. l. 77.* sequetur ex hac interpretatione Corasij etiam apud *judicem datum* adoptari & emancipari posse, sed hoc consequens est juri contrarium *l. 4. de adopt l. 3. de offic. procons.* apud judices datos siquidem non est legis actio, quoniam hæc non à Magistratu in judicem, sed lege sola transfertur *l. 1. de offic. ejus l. 21. de man. vind l. 1. & 2. de offic. jurid.* Et omnino *d. l. 77.* de judice dato maximè loquitur, cujus est proprie judicare, & qui propriè judex dicitur. JAM SATIS.

XXV.

An negociorum gestor generaliter, & ex natura hujus quasi contractus, de levissima culpa teneatur.

ET ita regulariter non teneri negociorum gestorem statuit *Tr. vol. 1. disp. 10. th 5 lit. d.* quem tamen hoc nomine redarguunt *Bach & Hunn. ibid.* Videbimus an rectè. Sanè *Hunnius* plusquam in levi culpa constituitur, scivit enim ipse aut scire debuit hanc Vultei opinionem, quæ ei tam suaviter arridet, ab *Gotofr. Antonij celebert. Giessensi. Antecessore* doctissimè refutatam fuisse, itaque vel hunc potius sequi, vel saltem ejus acutissimis responsionibus occurrere debuisset, præsertim sub titulo magnifico *resolutiones absolutissimæ*, daturus: sed nec Bachovius nunc omni culpa caret, vesana repugnandi cupiditas eò æmulationem deducit, ut à quibus diffidere incepimus, iu omnibus divertamus, *inquit Euphormio. in Iure canon. anim. c. fin fere in f.* & cum Tr. opinio communis sit & ab ipsis antiquis Interpp. magis recepta, ipso Bachov. teste, utriq; & hanc potius, inscriptionis *Notarum suarum* argumento, probare decuisset. Quicquid lectu necessario adhuc præmittentes. Imperator noster Justin. *in §. 1. j. de obl. quæ ex q. contr.* negociorum gestorum obligationem utilitatis causa, ne absentium, qui fortè subita festinatione coacti, nulli demandata negociorum suorum administratione, peregrè profecti essent, negocia deserentur receptam esse, ait. Ob utilitatem absentium itaque eos reversos facile in gestionem suorum negociorũ consensuros, lex præsumpsit: Prout autem ea utilitas, nonnunquam cum majori, nonnuquam cum minori necessitate concurrit, ita vel magis, vel minus, ad diligentiam & curam lex ipsum gestorem adstrinxit. Etsi enim alias oportet diligentius agere gestorem, intuitu tamen præsentis necessitatis, Domino absenti potius expedire lex putavit salva sua negocia qualiquali modo habere, quam ea in totum derelicta & neglecta, in reditu, invenire, *l. 1. & t. t. de neg. gest.* Quomodo videmus JC. Ulpianum *in l. 3 §. 9. ff d. t.* respondisse, interdum in negociorum gestorum actione dolum (cui lata culpa inest, *l. 226. de V. S.*) solummodo versari, & è contra JC. Julianum *in l. 6. §. fin. eod.* scripsisse, interdum quoque gestorem de omissis & neglectis teneri adeoque ad culpam levissimam obligatum esse, Quare? quod isto casu, nisi

nisi dominus absens defensus fuisset, necessario ex distractione suorum bonorum damnum non leve incurrisset, unde quia cum ipsius domini utilitate, major concurrit necessitas, æquissimum etiam gestorem duntaxat dolum sive latam culpam præstare *d. l. 3. §. 9.* Quæ cum in hoc casu, non concurrant, & insuper alius commodius administraturus fuisset, forteque ita per eum etiam absens locupletari potuisset, ideo gestor iste de levissima culpa tenetur *d. l. 6. §. fin.* Ubi itaque cum utilitate, major concurrit necessitas, ibi minus gestor, & sic ad dolum & culpam latam, tantum erit obligatus d. l. 3. §. 9. sed ubi & minor exiguaque utilitas & necessitas subest, ibi magis gestor, & ad majorem diligentiam & curam, adeoque ad culpam levissimam, tenebitur, vel maxime si alius adfuerit, eadem negocia diligentius gesturus d. l. 6. §. fin. Quod si autem nulla subsit utilitas neque necessitas, etiam ad casum fortuitum gestorem teneri JC. Pompon. *in l. 11. ne neg. gest.* respondit. Atque hinc satis apparet, non potuisse Dd. afferre regulariter vel ob dolum tantum, vel levissimam quoque culpam, gestorem teneri: quare magis est, ut regulam talem statuamus: Negociorum gestorem ad levem culpam solum teneri: tum quia nos sic medium quodam modo viam eligimus, siquidem inter extrema culpæ, Dolum, cui lata culpa inest, & levissimam culpam, levis culpa tanquam medium est, tum etiam quia sic exactam casuum proportionem observamus, cum regulariter subsit aut subesse præsumatur, mediocris utilitas absentis *arg. d. §. 1. j de obl. quæ ex q. contr. l. 5. de O. & A. l. 1. de neg. gest.* Tum denique, quia talis regula potest secundum juris textus aptissime juxta prædicta & quandoq; ad dolum tantum restringi & ad levissimam culpam quandoque etiam ampliari. Rectissime igitur hanc regulam nobiscum statuunt, *Delrio, Petr. Fab. Bocer Rittersh. ad l. 23. de R. I.* & alii communiter interpp. quam & probant, textus & rationes sequentes 1. *d. l. 11. de negoc. gest.* JC. inquit: Si negocia absentis & ignorantis gerat, & culpam & dolum præstare debet. Jam verò Dd. regula est, quam & ipsi dissentientes acceptant. Per vocabulum CULPÆ simpliciter positum, culpam levem intelligi, *l. 2. §. 3. de pos. l. 13. §. fin. de pign. act. l. 5. §. 3. de in lit. iur.* Dissentientes quidem hic respondent, etsi alias appellatione CULPÆ in dubio veniat tantum levis culpa, in textu tamen d. l. 11. venire etiam culpam levissimam, quia ibi culpæ opponatur casus fortuitus, & ergo ipsi ex oppositione casus, sub appellatione culpæ etiam levissimam contineri, arguunt, atque ita d. l. 11. pro sua sententia in argumentum tra-

tùm trahunt, etenim si negoc. gestor etiam casum præstat quandoque, quid mirum, inquiunt, si de omni culpa quoque teneatur? Verum replicari potest, omnino quidem gestorem & de omni culpa, & insuper de casu quandoque teneri uti *in prin. quæst.* etiam nos dicimus, sed an teneatur ita REGULARITER quæritur? quod negavimus rectius. Neque enim bona consequentia est; in d.l.11. culpæ & dolo opponitur casus fortuitus: Ergo ibi culpæ appellatione venit etiam levissima, sicuti contra Vulteium acutissimè docuit *Gotofr. Anton, disp. 4. th. 23.* præcipue quod & in *§. cum autem 1. de emt, & vendit. & in §. fin. l. quib mod. re contrah. oblig.* simili modo in persona, tam venditoris quam creditoris, culpæ ab illis præstandæ, opponatur casus fortuitus, nemo tamen ideo dixerit, tàm venditorem quam creditorem scilicet ex oppositione culpæ & casus fortuiti, præstare quoque culpam levissimam debere, contra *dd. §§. & expressam legem 5. §. 2. comm.* Et posset magis asseri, sicut sæpius lata culpa propter vicinitatem sub dolo, ita quoque nonnunquam levissimam culpam sub casu fortuito comprehendi, ut quibus in casibus fortuitum casum præstare teneatur negoc. gestor, in ijsdem multò magis præstate culpam levissimam teneatur, *d. lo. 11.* non rectè igitur dissentientes ex ea sic inferunt, & culpam & dolum præstare tenetur negoc. gestor, & interdū quoque casum fortuitum: Ergo regulariter quoque præstat culpam levissimam: hæc si quidem conseq. ut ostendunt *dd. §§.* in usu juris fallax & vitiosa est 2. est pro nostra regula expressus textus *in l. 20. C. de negoc. gest.* in illis verbis, *cum non tantum dolum & latam culpam, sed & levem præstare necesse habeas*, culpa levissima plane omissa, quæ tamen, si hæc quoq; culpa in judicium negociorum gestorum veniret, omnino exprimi & adponi debuisset, cum ibi Impp. consultricem plenè instruere voluerint. Dissentientes hic respondent, in ll. Codicis non valere argumentum à positione unius ad remotionem alterius, quia fiat ad preces propositas rescriptæ, & posset alias ex *l. 21. subseq. C. eod. tit.* pari modo inferri levissimam culpam esse præstandam, atque ideo *in d. l. 20.* de culpa leviss. non fuisse responsum, quia nec fuerit quæsitum: sed potest benè regeri: hoc tantum verissimum esse de ll. istis, quæ ad propositam quæstionem specialiter pertinent, eique sunt simpliciter adæquatæ, veluti *d. l. 21.* & quæ nullam in se continent vel decidendi rationem generalem, vel juris regulam communem, nam si verba legis generalia sint, & in quibus decidendi ratio generalis contineatur ut *in d. l. 20.* utique talis lex ad similes

casus,

casus, etsi ratione facti propositi specialis sit, extendenda, & generaliter intelligenda est, *arg. l. 3. C. de ll juncta l pen § si quis jus & seqq. de jur. & facti ignor.* Et hujusmodi omnes leges Codici generalium constitutionum vim obtinere proculdubio est, *ait Imp. in l. un §. [illegible]. de justin. cod. confirm.* qui textus contra adversarios apprimè notandus. 3. facit pro nostra regula hæc ratio: Contractus quosvis sic nos interpretari oportet, ut fini suo semper respondeant, & probe conveniant: Jam vero si cum dissentientibus statuerimus, ita plane hic q. contractus à suo fine aberrabit: Equidem finis hujus q. contractus est, ne absentium negocia indefensa relinquantur, *l 5. de O. & A. l. 1. de neg. gest. d. § 1. l. de obl quæ q. ex contr. nasc.* quis autem ultro absentis negocia suscipiet, si ex natura hujus q. contractus à gestore præter exactam, & quam diligens paterfam: propriis rebus adhibet, etiam regulariter diligentiam exactissimam exigamus, & propter quam gestor de levissimâ culpâ præcisè teneatur & judicio conveniri possit? Dissentientes quidem dicunt, non credendum tamen eum cujus negocia gesta sunt ab amico, ita rigide cum ipso acturum esse, sed vereor, ne frustra hoc solamen sit, hodie enim (proh) fratrum quoq; gratia rara est, & levissima sæpe differentia magnum excitat litigium. Præstaret si adversarii de indemnitate hic fide jussissent. Adhuc itaq; ipsi deterrent magis [illegible] ad ejusmodi absentium negocia suscipienda; Quare æquius & melius [illegible] pretibus vulgo, levissimam culpam in hoc judicio regulariter [illegible]

Qui dissentiunt, hæc maximè urgent argumenta [illegible] negocia exacto gerantur officio, nec quicquam hic neglig[illegible] vacuum sit, *l. 21. C. mand.* quoniam interfit, ne quis temere & [illegible] alienis se immisceat negociis, *l. 36. de R. I. 2.* Quod contra negoc: gestorem stet ideo aliqua præsumptio culpæ quod in alienis sponte se immisceat, *d. l. 38.* quam præsumtionem exactissima diligentia elidere debet: nam si minimum quid facit, quod facere non debebat, augetur illa præsumtio, quasi jam videretur dolò se immiscuisse, ut suum lucrum sentiret. 3. quod cum ex spontaneâ oblatione etiam in aliis casibus arctius quis obstringatur, *arg. l. 1. §. 35. depositi,* & negociorum gestor semper ultro sese offerre videatur, ipse quoq; exemplo, depositarii ultro se offerentis, levissimam culpam præstabit. 4. quod in actione mandati, levissimam præstari culpam apud omnes receptum sit *l. 21. C. mand* tanto magis ergo in negocio gesto idem recipi debeat, quoniam uterque se offerat ad a-

liena negocia, quæ ideo ab utroq; exactissima diligentia [illegible], *l. 21. 5.* quod etiam mater negocia gerens *omnem diligentiam* præstet, *l. 24. C. d. usur.* quod verò in fœmina, & quidem matre, id æque [illegible] viro & extraneo obtinebit, ob privilegium tam sexus muliebris [illegible] tem. 6. *per § 1. de obl. quæ ex q. contr.* ubi Justin. per modum regulæ [illegible] ciat, ut ad exactissimam diligentiam Quis [illegible] gestor [illegible] vero qui non adhibet levissimam culpam admittit, 7 *per l.* [illegible] 5. [illegible] *ercisc.* ubi JC. infert cohæredem ideo quia simul propter [illegible] communem, causam habuit gerendi, teneri solum ob culpam ([illegible] le- vem) non autem ad diligentiam qualem præstat diligens paterfamilias [illegible] quæ JCti ratio si bona, ex eâ efficietur negociorum gestorem, ut [illegible] non habuit causam gerendi propter partem communem, plus quam culpam præstare debere & ad summam diligentiam teneri. [illegible] sunt hæc argumenta quib. tamen satisfacere poteris, si ad sequentia [illegible] be adverteris: Distinguendũ est 1. inter *verũ & quasi contractũ*: Negocio[illegible] gestio q. contractus, mandatũ contractus varus: non itaq; sat firma illa [illegible] est à mandato ad negociũ gestum. Et est inter mandatarium & gestorem hæc differentia: Ille ad diligentiam specificè & expresse sese obligare videtur, quod non itidem est in gestore; ille precibus adduci debet, [illegible] præsentis suscipiat negocia; hic puro amore absentis commotus, ad [illegible] us negocia accedit, ille ex mandato domini; hic ex summa benevolentia amici, ille abstinere & mandatum recusare facile que mandans alium cui res suas committeret, invenire potuisset, hic si abstinuisset, forte res absentis indefensæ [illegible] mansissent. [illegible] licet intuitu præstationis [illegible] vissimæ [illegible], [illegible] aut alter à mandato quoque abstinere possit [illegible] [illegible] [illegible] ipsis qui precibus & bonis verbis vincatur, qui quod [illegible] fieri velit, alteri quoque faciat, non ita etiam in gerendis [illegible] gotiis absentium, qui præsens [illegible] suisque rebus expeditius & multis modis prospicere potenit, quam absens. Quare nec iniquum, [illegible] gravius quoque mandatarius [illegible] sit, at cum gestore agatur paulò mitius. Distinguendum 2. [illegible] *& affectationem*: Pura & optima affectio, qua ad absentis [illegible] negocia gerenda ducimur, nos à levissima culpa [illegible] obligat alios affectatio §. 5. *l. de ex.* [illegible] 8. § [illegible] quod ultro se gestioni offerens, [illegible] [illegible] tantum locum habet in iis, qui [illegible] offerunt, [illegible] se illi non obtulissent, pro sua [illegible]

[illegible]

[illegible]ione, utique diligentior [illegible] q[illegible] zlinssent, aut aliud commisisse[illegible]t, non etiam in iis, qui cum videant *dominum abesse* damni avertendi causa ipsius negocia suscipiunt. Præsentium itaque *affectamus* negocia ad absentium autem solâ *affectione* ducimur. Qui negocium *affectant*, ju[illegible] gerendi peritiam p[illegible]o[illegible], singularem industriam promittunt, adeoq; quasi sua sponte se ipsos leviss. culpæ præstandæ illigare videntur, *d. l. 1. §. 35.* aliud est in negociigestore qui cum videat dominum abesse, & ejus negociis damnum imminere, & tamen alium qui sponte hæc suscipiat aut suscipere velit, non videat, ipse, sola absentis domini utilitate, & gerendi negocii necessitate impulsus, eadem subit. *l. 1 de neg. gest l. 5. de O. & A.* adeoque eandem diligentiam in iis, quam diligens paterfam: suis rebus præstet, se tantum adstringere videtur, *l. 6. § fin. juncta l. 11. de negoc. gest. l. 20. C. eod.* Non itaque sequitur: ille se negociis alienis ultrò obtulit; Ergo indistinctè de leviss: culpa tenebitur, quod & insuper refellit, *l. 3 §. 9. de neg. gest.* ubi nequidem de levi culpa tenetur, qui se negociis meis spontè obtulit: cujus ratio tam est in præsenti necessitate, quam affectione, posita: *vide quæ in 7. quæst. dixi.* siquidem affectio, à leviss: quidem, non etiam culpa levi, gestorem excusabit, nisi ubi concurrit summa necessitas. Neque etiam igitur regula ista [illegible], qua dicitur culpam esse se immiscere rei alienæ, *l. 39. d. R. I.* huc spectat, sed ad affectationem magis pertinet: gerere *absentis* negocia nulli demandata per se culpa non est, sed utilitatis causa hoc receptum, *d. l. 1. de neg. gest. d. l. 5. d. O. & A.* culpa esse poterit ejus, qui se *præsentis domini* negociis sponte immiscuerit. Distinguendum. 3. Inter *posse*, & *esse*: à posse ad esse non V. C in commodato sufficit alium *potuisse* melius rem custodire, ut commodatarius de leviss: culpa teneatur, *§. 2. ibi si modo alius diligentior poterat I. quib. mod. re contr. obl.* non ita in gestione, ubi *esse* debet alius qui diligentior administraturus *esset*. *§. 1. I. de oblig. quæ ex q. contr.* actualis itaque existentia tertii cujusdam gestoris requiritur, qui commodius administrare & *potuisset* & *voluisset*. sub hac igitur conditione quidam gestor de leviss: culpa tenetur, si alius diligentior concurrat, qui negocia administrare *velit*, *l. 6. §. fin de neg. gest* cæterum ubi ille solus negociis se offerat, nonnisi ad culpam levem obligari debet. Quo itaque casu ratio illa; *ne absentium negocia indefensa relinquantur. l. 1. de neg gest. l. 5. de O & A* cessat, eo demum neg. gestor de leviss: culpâ tenebitur, sed hæc eo casu, si alius diligentior adsit qui administraturus sit, cessat. Ergo &c. & hic negoc. gestor qui præoccupavit,

magis videtur *affectasse* negotia, quam ad ea *affectione* [illegible] accessisse. Ex hisce argumenta [illegible] relu[illegible] possunt. Cæterum non satis exputo, quomodo *Arum. disp. instit. 15. q. 11. in f.* ex supra loco argum. 7 allegata *l. 25. §. 16. fam. ercisc.* posse elegans argumentum pro nostra sententia desumi, affirmare potuerit. Hodiè, non *αὐτὸς ἔφα*, sed *da demonstrandi* obtinet.

XXVI.

Num tutor vel curator ob culpam latam remotus fiat infamis?

NOndum hic Neotericis nostris convenire potuit, & quoniam tamen non exigui effectus quæstio est nos quoque in eam [illegible] inquiremus. Calculum vero nostrum iis adjicimus, qui affirmant, tutorem uti ob dolum, ita quoque ob latam culpam remotum, fieri infamem, ita *Donell. 16. com. 7. ibi Hillig. lit X Delrio [illegible] 23. de R. I. [illegible] ad tit. de in lit. jur. n 35. Cujac 7 O. 8. Tr vol. 2. disp. 9 th 4 lit C aliiq. quamplures.* Est solida hujus affirmativæ ratio, propter regulam juris, quæ de dolo & culpa lata, tanquam de æquiparatis idem statuit, *l. 226 d. V. S.* quomodo legimus, culpam latam assimilari dolo, proximè ad dolum accedere, *l 8. de edend. l. 1. de incend. ruina* dolum repræsentare, *l 1 §. [illegible]. Si is qui test. lib. l. 29. mand.* dolo comparari, *l. 1 § 2. si mens. fals. mod.* dolum esse *l. 32. depos. l. 23. de R I* jam vero indubium est, ob dolum remotum infamari, *§ 6 I de suspect. tut.* Ergo & ob culpam latam. Huic itaque regulæ tamdiu stare quoq; alii debuissent, usq; dum exceptionem probare potuissent. Quod autem diximus, latam culpam, dolum esse *d. [l.] 32. depos.* intelligendum ita est, quod illa [illegible] *um* doli habeat regulariter, [illegible] id dolo comparetur, propeque dolus sit *d. l. 29. mand. d. [illegible] mens. fals. mod* non quasi etiam lata culpa sit revera *ipse dolus*, [illegible] alicui comparatur, id non est illud ipsum, cui comparatur [illegible] quo modo ab eo diversum, *Scalig. exercit 57. sect. 16.* sed [illegible] restringunt æquiparationem istam tantum ad [illegible] commutativam, & eam in delictis & Jist [illegible] secundum justitiam distributivam, procedere negant, [illegible] hæc de qua hic quæratur, justitiæ distributivæ [illegible], quare cum de infamia irroganda agatur, [illegible] latam culpam dolo, dicunt, siquidem justitia distributiva [illegible] semper gaudeat consortio, & nostræ fragilitati, huma-

nitati-

aliquique nonnihil tribuat, *arg. l. 5 d. pœn l. 11. ibid. Vultei, 2. Iprud. 7. n. 61.* & ne in hac materia nimis facile ad infamam prosiliamus, attendendum est, quod gratis onus tutelæ suscipere tutores teneantur, quod officium adeò ipsis nimium justo damnosum esse non oporteat, cæteroquin à munere tutelæ deterreri possint homines facilimè. Verum hæc quidem etsi ita probabiliter dicantur, attamen textus juris hanc restrictionem, ut videlicet tum demum lata culpa æquiparetur dolo, ubi ex causa contractus ad restitutionem forte damni, & præstandum id quod interest agitur, minimè patiuntur, præcipuè *d. l. 1 §. 2. si is qui testam. lib. esse.* Qui textus manifestò satis ostendit, & eandem æquiparationem in actionibus pœnalibus quoque procedere, scilicet ex causa delicti Civiliter agatur *d. l. 1. § 2.* Quoties itaque ex causa delicti Civiliter, sicuti in hoc nostro casu, agitur adhuc lata culpa dolo exæquatur: cæterum vera quidem est isthæc ad superiorem regulam, latam culpam dolo æquiparari: exceptio, quod in criminalibus præcipuè capitalibus lata culpa pro dolo non habeatur, atque non nisi hæc ab hac regula, in jure prodita est exceptio *l. 7. de sicar.* Vide *quos allegat Hillig. D. 8. 16. c. 7. lit T.* Sed rèplicant, si æquiparatio doli & latæ culpæ cessat, ubi pœna capitis infligenda venit, cessabit etiam; si famæ pœna infligenda sit, quoniam fama vitaque pari passu ambulare debeant: Verum manifestius per aliquid mus est, in uno aliquo singulari comparata, absolutè facere æqualia, & nec quisquam tam vacui capitis esse potest, ut non intelligat latissimam tamen vitæ & famæ differentiam dari, & esse. *V. Freher. lib. 2. de fam. c. 9. & præcipuè c. 10. in f.* Quod autem antea dictum fuit, tutelam per se onus esse grave & officium necessarium, satisque esse pupillo consultum, si tam supinè negligens tutor ab administratione simpliciter removeatur, ut tamen ita remotus infamis non fiat, ad hoc responderi potest, quo tutoribus amplior & liberior dabatur administratio eo fortioribus ad diligentiam coercendi erant habenis, maximè hodie, quo nescio an injuriâ in ipsorum nomina etiam Principes lusisse videantur, Tutores fieri quasi tollitores, Vormünder esse quasi ver jhre Münder/ &c. Et quia necessario officio funguntur, inde tantum ob levissimam culpam non tenentur, *l 18 de pupill & rat. distrah l. 4 l. 7. C. arbitr. tut, l. 10. l. 33 de admin. tut eleg. Rittersh. ad l. 23 de S. l. c. 11.* Et est etiam hic magis ad pupilli, quam tutoris favorem attendendum, quomodo etsi quidem jure summo nec levis culpa imputari potuisset tutori, quod apud tutorem nulla sit rei utilitas, & ergo per

regulam *l. 5. §. 2. commodati. vers. nam quia nulla util.* solius doli nomine, non culpæ quoque videbatur teneri; attamen *favore pupilli* ut [illegible] receptum fuit *d. l. Vel Delr. in d. l. 23. de r. j. p. 216.* quis verò negat [illegible] tione pupillo plenius prospici, si tutor supine negligens & [illegible] culpam remotus, etiam famosus sit? *arg. l. 27. §. 4. ibi: expedit enim [illegible] infamia pœnam de pact.* & sane nullo [illegible] adeo grave onus tutori [illegible] imponitur

Nam *Oderunt peccare Mali formidine pœnæ.*
Oderunt peccare Boni virtutis amore.

Pro hac nostra affirmativa facit quoque textus in in §. *6. I de susp. tut.* Ubi dicitur, remotum siquidem ob dolum, famosum esse, si ob culpam non æque: Unde dupliciter potest argumentari [illegible] 1, Sub doli appellatione uti anteà ostendimus venit lata culpa: prout igitur remotum ob dolum sequitur famositas: pariter & ob culpam latam. 2. Regulariter *culpa* verbum simpliciter prolatum, levem denat, *l. 1. § 15. depos. l 13 § fin de pign act. l. 5. §. 3. de in lit. jur. Delrio ad d l 23. p. 1[illegible]9. & Dd. communiter in l. 3. § [illegible] naut. caup stabul* Ergò & in d §. 6. quoniam ibi sine adjectione positum est, levis *culpa* intelligi debet. Qui dissentiunt, & hic de exceptione replicant, quasi ista regula fallat, ubi *doli & culpa* generalis fiat oppositio, & ubi [illegible] sua deat subjecta materia, uti in *d* §. 6. nam ibi Justin. de *culpa levi* intelligi non potest, quod de ea an ob istam tutor removeri tanquam suspectus, adeoque ipsa remotum infamare posset, [illegible] dubitari quidem poterat, siquidem indubium levem culpam non [illegible] sed de culpa lata justè dubitatur, an exinde [illegible] contractibus dolo compa retur, & in eo contineatur, etiam in quasi contractu tutelæ idem esse debeat, [illegible] Justin *in d. §. 6.* [illegible] hunc casum decidere voluit, [illegible] in istu §. textus sit expressus, scilicet [illegible] latam remotum non [illegible] infamem. Sed adhæc nos responde mus & supra positæ regulæ [illegible] etiam inhæremus, ex qua bene inferim[*], in d § 6. sub nomine culpæ indefinite posito, levem intelligendam esse. Sane in hac regula, [illegible], cardo controversiæ versatur. Primam regulam, de æquiparatione doli & latæ *culpa* etiam in delictis [illegible] quibus Civiliter agitur, obtinere evicimus: nunc quoque alteram [illegible] sub appellatione culpæ in ll nostris simpliciter facta, denotari tantum [illegible], etiam in d. §. 6. valere, ostendemus, dicit Justin. in d, §. 6. Suspectum

[illegible]

remotum ob dolum famosum esse, jam verò sub dolo lata culpa venit: *supra dd. ll.* quare de hac culpa specialiter hoc monere nihil opus: subjicit Just. ob culpam remotum non æque famosum esse, poterat siquidem de hac dubitari, (quod dissentientes malè negarunt) cum ob levem quoq; culpam quis suspectus postulari, adeoque removeri possit, quare de hac levi culpa benè additur, ob eam remotum non tamen famosum esse, Verum dissentientes acriter negant, tutorem etiam removendum esse ob levem culpam, sed solum ob latam, quod quidam ex Neotericis uti dicis acutissimè, hoc syllogismo confirmare voluit. Suspectus ob culpam remotus non fit infamis. *l. 4. 6 1. de susp. tut.* Sed ob solam latam culpam quis ut suspectus removeri potest, non etiam ob levem. Ergò ob latam culpam remotus non fit infamis. Minorem probat. 1. ex definitione suspecti, quæ habetur in §. 5. *I. d. t.* quæ ille latæ duntaxat culpæ competere dicit, quia 2. iste non ex fide tutelam gerat, qui fraudulenter agit, *l. 31. §. 1. de bon. auct. jud.* & hinc 3. iste demum ut suspectus removeatur, qui fraudem admisit, *l. 1. & sex seqq. C. de susp. tut.* in quibus [illegible]itur, eum demum tutorem suspectum postulari posse, qui fraudulenter egerit, at qui ob levem culpam admissam [illegible] fraudulenter egisse rectè dici potest, siquidem fraudis nomine lata culpa [illegible] autem fraus non est, *argum. [illegible] t. quæ in fraud. credit.* in quo [illegible] fraus & dolus: adeoq; etiam lata culpa, quæ propè dolus est, *supra [illegible]* synonimis usurpantur, Et ergo quis ob levem culpam tanq[illegible] non removebitur, sed ejus nomine tantum judicio tutelæ tenebitur. [illegible] hæc paucis nos ita respondebimus, in contrarium sic argumentando, Qui non ex fide tutelam gerit, removetur ut suspectus: ex definitione suspecti *in d.* §. 5. Qui levem culpam committit, non ex fide tutelam gerit, nam si ex fide gereret, in culpa minimè esset, vel culpa levis, nequidem culpa culpæq; species foret. Ergo &c. Neq; rectè Neotericus ille, *non ex fide gerere, in d.* §. 5. ita *interpretatur, quasi fraudulenter gerere*: Sed hoc ita rectius interpretantur alij: *non ex officio gerere*, ut fides in *d.* §. 5. id omne includat, quod ratione officii præstare tutor, teneatur, quin autem tutor etiam levis culpæ nomine pupillo obligatus sit, jam antè diximus. Quod verò Neotericus ille, fidem ita accipi non posse *ex d. l. 31. §. 1. de reb. auct. jud. possid.* voluit arguere, & idem *ad d.* §. 5. *Crispino* notare placuit, quasi ex *d. l. 31. §. 1.* propter solam fraudem tutorem removeri videatur probari, & ergo non etiam propter levem culpam, quæ fraus non sit, *uti antea dictum*, ad hoc itaque

potest.

potest respondeti, JCtum in *d.* [illegible] §. [illegible] principalem causam, ex qua arguatur tutor suspectus proponere voluisse, neque ei propositum fuisse remotionis causas omnes exequi, sed tantum ostendere, diversitatem inter hæredem & tutorem, quod ille propter solam paupertatem & facultates possit argui suspectus, & ideo satisdationem præstare repeatur, hic non etiam, §. *fin. l. de susp. tut.* non itaque *ex d. l.* a contrario sensu, quasi ex aliis causis argui suspectus non possit, inferre potes: & sane [illegible] aliquot textib. præcipue *arg. l.* 3. §. *fin. de susp. tut.* probari, aliquando removeri tutorem, qui non sit in dolo, & ergo neque sit in lata culpa, quæ dolo comparatur, *supra dd. l.* ut adeo quidam tutor ob levem culpam possit removeri. Nisi hic jam dixeris cum [illegible] Neoterico, ita quidem [illegible] posse removeri, sed non ut suspectum *arg. l.* 4. § *fin.* ubi dicitur removeri quandoque sed non ut suspectos; nostra vero sit quæstio, de ob [illegible] ut suspecto remoto. Sed bene tepl[illegible] caverim ego, tutorem si levis culpæ in administratione reus sit, & suspectum postulari, & salva tamen existimatione posse removeri. Et ergo tutores [illegible] *dolose* sive *fraudulenter*, sive *negligenter* res pupilli gesserint, ut suspecti removeri possunt, sub ea tamen differentia, ut qui ob dolum & latam culpam removentur, infamia notentur, non etiam qui ob levem, quod optimo arg. rubricæ *t. ff. de susp. tutor* ostenditur, sub quo tit. & nigro agitur quoque de remotis ob culpam levem *a. l.* 3. §. *fin.* qui quidem remoti [illegible] infamentur, remoti tamen sunt, juxta inscriptionem & rubrum tit. ut suspecti. Verum etsi tandem dicas, tutorem non [illegible] tutelæ conveniri posse in quo damnum hoc levi culpa datum, a tutore resarciri facile possit, non tamen propterea judicium suspecti [illegible] excludi consequitur, nam [illegible] expedias [illegible] eum ab administratione, propter levem culpam [illegible] & fere continuatam (nam propter semel [illegible] culpam tutorem postulari inhumanum foret *arg. d. l.* 3. § *fin. de susp. tut.*) removeri, ut nimirum rem suam [illegible] habeat. Ideo judicium suspecti hoc quoque casu, quidni d[illegible] tutelæ competeret, *arg.* §. *fin. l. de susp. tut.* cur ad finem tutelæ [illegible] actione tutelæ agere liceat, expectaret, cum semper [illegible] tutius. Et hic qui adverterit, nos non dicere propter semel [illegible] iterum admissam levem culpam, sed propter continuatam, [illegible] postulari & removeri posse, [illegible] & huic dissentio [illegible] (quasi nihil perniciosius sit pupillo, quam [illegible] tutorum permutatio, sic enim si propter hoc e[illegible]

[illegible]

leve peccatum tutor suspect s postuletur & removeatur, negligentiorem forsitan pro negligenti consecuturus erit) poterit satisfacere. Atq; nos quoq; sic satisfecimus.

XXVII.

An merces locationis in pecunia numerata tantum, an in quavis re fungibili consistere possit?

DOctores nostri adeò confusè quæstionem de mercede locationis qua in re consistat, pertractarunt, ut à lectoribus suis mercedem nullam reportârint. Promeruit aliquam *Lopezius animad. IC c.15.* quem novissimè suo judicio comprobavit Hillig *D.E.13. com.16. lit. I.* majorem tamen *Bachov. ad Tr. vol.1. disp.29. th.3. lit. G.* qui hoc & alii mercede, suaq; laude dignus est, quem ideo hoc nomine laudamus & sequimur. Suppositum autem nobis esse debet, aliam esse locationem conductionem *operarum*, quæ propter facta, *Lopezio* dicitur *faciendi*, aliam *rerum* quæ propter usum, eidem dicitur *fruendi*: atque hanc distinctionem nemo facile improbabit, de qua tamen vide plenius *Stuckium p.1. exercit decad. 12. adsert 4. lit F.* Utriusq; hujus locationis natura REGULARITER desiderat pecuniam numeratam, quod quidem etiam *Lopezius* quoad locationem *faciendi* affirmavit, ut ejus merces tantum in nummis sit, & evidentissime probari potest per *l.5. §.2. de præscript. verb.* ubi Paulus in locatione *faciendi* requisivit pecuniam numeratam. & quod ibi JC. de hac locatione loquatur, inde apparet quod in *d. §.2.* agatur de articulo *do ut facias*, ad quem articulum locationem *fruendi* minimè referre poteris: neque enim, si domum utendam concedam conductori, hoc est, locem pro certâ mercede, rectè hic mercedem, *factum* adpellitaveris manifestò itaque ex *d.l.5. §.2.* concluditur, in *faciendi* locatione præcisè numeratam pecuniam requiri. Neq; poteris etiam, cum Coras. *2. Misc.11. Pindll. ad rubr. l.2. C. de resc. vend. p.2. c.3. n.34. Vultei pr. instit. d. locat. & cond. n.19.* PECUNIÆ verbum in *d. l 5. §.2.* commode de re quavis fungibili accipere secundum *l 222. d. V. S.* tum quia ibi verbum *pecuniæ* opponitur *rei*: oppositum de a. altero oppositorum nō prædicatur, tum quia ibi JCtus ratione pecuniæ comparat locationem cum emtione, prout igitur in emtione precium consistit in pecunia numerata, *§.1. de emtion. l.1. §.1. de contrah.*

emt. sic quoq; in locatione, puta *faciendi*, de qua ibi JC. agit. Certè in §.1.*praced* pecuniæ verbum in isto generali significatu non potest nec debet accipi: neq; igitur verosimile est JCtum in §.2.*statim subsequẽte* idem verbũ aliter & quidem ita accipere voluisse, maximè cum continua sit in *dd.* §§. comparatio, scilicet locationis cũ venditione, quoad pecuniã, *arg. d.* §.2. *ibi: sicut in superiore casu emptio*: hoc nimirũ modo: Utrobiq; in articulo *do ut des* & in articulo *do ut facias*, si *res* alia interveniat est cõtractus innominatus, sin v. pecunia, tũ sicuti in artic. *do ut des*, est emtio, eod. modo in artic. *do ut facias*, est locatio: atq; ita in eo distinguuntur illi contractus innominati à nominatis per *rem* scilicet & *pecuniã*. Cæterum quoad locationẽ *fruendi* id negavit *Lopezius*, ita scilicet, ut in ea quævis res fungibilis pro mercede sufficeret, *arg. l.* 21. *C. de locat.* ubi certo olei pondere fructus annui locati proponuntur, neq; ad hunc textum dictæ *l.*21. De his illi, qui indistinctè & præcisè in omni locatione pecuniam requiri disputant aliquid solidi respondere possunt: nam quod *Donell.* 13 *com.* 6. & cum ipso alii, quos videbis allegatos apud *Hilliger. ibid. in not. lit. K.* contractum innominatum ibi esse volunt, ideoque vocem *locasti* abusive accipiunt, omnino ridendum atque improbandum est, tum quod ipsa rubrica *d. t. c. locat.* planè repugnet, tum quod in specie *d. l.* 21. pœnitentiæ nõn sit locus, cum tamen esset utique, si foret ibi contractus innominatus, *arg. l.* 5. *de condict. caus. dat.* tum etiam quod contractus ibi bonæ fidei esse dicatur, cum tamen innominati sint ferè stricti juris, *V. Coras.* 2. *misc.* 11. *n.* 4. Quod autem alii verba *d. l.* 21. *certã ponderatione*: id est, *æstimatã* exponunt, indeq; inferre volunt, quasi portio illa pensionis ab initio æstimata fuerit, adeoque cum æstimatio faciat ut pecunia numerata intelligatur, *l.* 8. *C. de resc. empt. l.* 8. *C. si cert. petat.* sic etiam rectè rem fungibilem æstimatam scilicet, posse esse in locatione, hoc tamen quoniam valdè divinatorium est, quoque improbandum erit, quin id commentum ipsa perspicuitas textus refellit: nam utique major & minor ponderatio in dicto textu, veniebant in dubium, respectu ipsius ponderis, non æstimationis. Voluit ergo *Lopezius* in *fruendi* locatione rem quamvis aliam intervenire posse, sed gravissimè nunc ei obstat, *l.* 25. §. 6. *ff. locat.* quæ apertè loquitur, de locatione *rerum*, & tamen pecuniam numeratam requirit, ut falsum fiat quod *Lopezius* dicit: Quoties usus versetur in locatione, leges semper rem fungibilem admittere, siquidem *d. l.* 25. §. 6. pecuniam requirit, cui si conjungas *l.* 26. §. 1. *de furt.* videbis in iis colonum

parti-

partiarium, qui quasi socius est, opponi colono vero & hunc definiri, qui nummis colat. Necessarium itaque erit ut quoad locationem *rerum* sive *fruendi* sub distinguamus, quod aut res locata nullos fert fructus, & MANET natura locationis, quae semper pecuniam numeratam requirit: unde pro mercede locatae domus, licet haec *fruendi* locatio sit, non poterit tamen solvi res fungibilis, quod adeò malè *Lopezius* & *Hilliger.* admiserunt: aut fert fructus, atque hoc solum casu paulum ejus natura ALTERATUR, potestque certa quantitas fructuum in fundo, horto, &c. locato tamen, natorum (quod bene etiam contrà *Lopez d. c. 15. in f.* notandum) mercedis loco dari: V. G. in specie *d. l. 21.* certo olei pondere fructus annui locati ac sic in oliveto nati proponuntur, ut tamen fiat naturae locationis semper convenientius, si etiam in casu locati fundi hortivè merces in nummis promittatur *d. l. 25. §. 6, d. l. 26. §. 1.* Quibus ita admissis, jam nihil video quid firmiter nobis opponi possit.

Eorum Dd. argumenta qui pecuniam numeratam praecisè requirunt in locatione pro mercede necessariam, uti *Don. 13. com. 6. Fachin. 1. c. 82. Gomez. 2. res. 3 n. 3.* nostram sententiam juvant, requirimus, namque etiam nos *regulariter* pecuniam. Horum vero, qui quamvis rem fungibilem sufficere existimant, uti *Coras. Pinel. Vulteii supra allegati,* argumenta quidem ex parte nobis obstare videntur, sed facile tamen ex jam ante propositis resolvi possunt. Praecipuè ipsi textum *d. l. 21. c. locat.* urgent, sed nos propter istum textum sub distinguendum putavimus, & dicimus in specie *d. l. 21.* naturam locationis quodammodo *alterari*, quoniam ibi certa quantitas fructuum mercedis loco detur, qui tamen fructus, quia in ipso oliveto locato, nati sunt, ob id tanto minus degenerat locatio, *arg l. 24. depositi.* Et sanè hoc in tali similive casu, ut nimirum ex fundo locato certa quantitas fructuum inde perceptorum à colono mercedis loco dari possit, ob vulgatam contrahendi rationem & ipsius rei locatae naturâ aequissimè admissum fuit *Bach. d. lo.* Verũ hic jam aliquis dicere posset, quae differentia sit & esse debeat inter partiariũ Colonũ & Colonum verum, sc. ut hic pro nummis conducat atq; colat. *d. l. 25. §. 6 juncta d. l. 26. §. 1. de furt.* quae differentia sic collatur, si fundũ pro aliquot frumenti modiis locari posse asseramus; sed potest replicari, manere nihilominus certam differentiam, & quidem hanc 1. quod colonus partiarius semper fructuum partem praestet, colonus autem verus aliquãdo tantum & rarissimè, regulariter autem det pecuniam; 2. Ille dat semper ali-

quid incerti, veluti partem fructuum, tertiam, vel quartam, &c. unde & partiarius dicitur, hic vero aliquid certi & certum numerum, verbi causa modiorum frumenti, pondo olei, &c. Cæterum reliqui textus & leges; quibus Dd. hi utuntur, veluti *l.* 18. *C. locat. l.* 8. *C. eod. l.* 19 *ff locat. l.* 35 *in fin. ff. eod.* & ex quibus illi quamvis rem fungibilem pro mercede admittunt, facilioris resolutionis sunt, & ex jam dictis resolvi possunt: Sic namq; *d. l.* 35. *in fin. d. l.* 10. commode accipiuntur de casibus quibus locatæ res sunt fructus ferentes, & in *d. l.* 10. §. 3. frumentum illud ab initio fuit æstimatum adeoq; merces in pecunia dicta, quomodo rem fungibilem etiam esse posse in locatione, jam ante diximus: nihil autem obstat *d. l.* 8. quoniam *quantitatis* verbum vel maxime de pecunia numerata proprie prædicatur, *Tr. vol.* 1. *disp.* 10. *th.* 1. *lit.* F. Quocirca tutissima hæc nostra manebit sententia: regulariter pecuniam numeratam requiri, sed tamen in casu locatæ rei fructus ferentis V. G. fundi, horti, oliveti, certam quantitatem fructuum quos ipse fundus, hortus, olivetum, producit, alterata ita paululum natura hujus contractus, mercedis loco posse admitti. Quare vero merces in pecunia numerata regulariter requiratur, ab aliis assignatæ rationes sunt, quarum hæc principalis est, quod JCti distinctam naturam contractuum *Nominatorum & innominatorum* esse voluerint, unde Dd. illi qui mercedem in qualibet re fungibili simpliciter admittunt, confundunt locationem cum articulo *do ut facias*, quo expresse tendit IC. *in L* 1. §. 9. *depositi.* Sed satis.

XXVIII.

Num Monachismus sit modus potestatis patriæ dissolvendæ?

Quoad Monachismum ita existimant *Cost al. ad l. 4. de judic. Ant. Fab. r. Iprud. Pap. 8 pr. 3. Sneide. Mynsing. & Heig. ad §. 4. I. quib. mod. i. p p. s. Gometz var. res. tom. 1. c. 9. n. 10. Bach. ad Tr. vol. 1. disp. 2. th fin* quorum hæc sunt argumenta: 1. Monachi nec velle nec nolle habent, *c. si religiosus. 27. de elect. in 6.* Ergo nec liberos in potestate habere possunt. 2. Monachi subjiciuntur potestati Abbatis, indeque suæ potestatis non sunt *d c. 27. & c cum ad monast. 6. de stat. monach.* Ergo liberos in sua potestate habere non videntur per *l.* 21. *de adult.* 3. Monachi post ingressum nihil amplius acquirunt patri *Auth ingressi. C. d. ss. Eccles.* Ergo neque sub ejus potestate

manere

manere videtur *arg l. 8. in fin. de hu qui sui iur.* 4. Pater filium suum Monachum factum vindicare & ex monasterio abducere non potest. *N. 123. c. 41.* Ergo quoq; potestate ejus exiisse videtur. *arg. l. 1. §. 2. de rei vind.* Accedit 5. Quod & olim Flamines Diales, & Virgines Vestales exierint è sacris patris *Ulp tit. 10. in fin. Tolozan iisynt. 10. n. 8. & 8. Ravard. 2. var. 17.* consequitur itaque ex hisce, tam patrem Monachum factum liberos in potestate habere desinere quam filium per Monasterij ingressum de potestate patris exire. Et licet dissentiant *Ioh Fab & Vultei in d. §. 4. I. quib. mod. I. p. p. f. Pinell in l. 1 p 3. n. 45. C. de bon. matern Cujac. in 7. C. de mancip. lib. Tr. d. lo.* non possumus tamen ipsis adstipulari, quippe ille non immerito in sua potestate liberos non videtur habere, qui non est suæ potestatis, *ait IC. in d. l. 21 de adult.* Conantur ipsi quidem ad præposita argumenta & quidem ad 1. respondere, quod imo Monachi possint velle & nolle. *Velle* quidem, ut cum est potandum & edendum. *Nolle* verò, ut cum est jejunandum. *dicente Duaren. ad tit. de cond. indeb. c. 6.* ridiculè tamen magis quā verè, neque ipsos etiam juvat, quod furiosus possit omnino liberos in potestate retinere, *l. 8. de his qui sunt sui*, etiamsi ejus nulla voluntas sit *l. 40. de R. I.* quoniam hoc diversum est, cum furiosus alterius potestati nō subjiciatur sicuti pater Monachus qui etiam jurato Abbati obedientiam promittere cogitur: Quod ad 2. per instantiam resp. posse parentem esse in potestate Abbatis, & tamen etiam habere liberos in potestate, exemplo mariti qui manet contracto matrimonio in potestate patris *l. 3. § 5. de donat. int. vir. l. 5. C. de cond. incert.* & tamen uxorem in potestate habet, *Gen. 3. v. 16.* id falsum est, cum utiq; maritus ille qui in patris potestate est, in potestate sua uxorem non habere possit, *per d. l. 21.* neque habeat, *per l. 2. §. 1. l. 29. sol. matr. l. 11. ibi Gotofr. C. de conat.* neque confundendæ sunt potestates *patria & maritalis*. Sneidevv. *ad. § fin. I. d. t.* neque unus duorum dominio, respectu ejusdē potestatis, in solidum subjacere potest. Quod ad reliqua argumenta resp. quoad *acquisitionem* & cæteros quosdam effectus derogatum esse patriæ potestati, id irrelevans est, quia utique hic cessent omnes effectus, neq; enim pater filium monachum coërcere, neque per eum acquirere, neque eum vindicare potest, *dd. ll. & cap.* Itaq; ita existimamus cum Costal. & aliis.

In Jure Publico & Privato,

Partis II.

PERICULUM V.

Quod subivit

Eberhardus Schumacher, Hausbergâ Mindanus.

Quæstionum Academicarum XXIX.

An Iudex semper secundùm acta & probata, an verò quandoque secundum suam scientiam judicare debeat?

PUlchra quidem hęc est quæstio, sed de rarò contingentibus, quoniam difficulter & rarò fieri potest, ut vera judicis scientia, cum ipsis actis & probatis, quib. nihil objici possit, pugnet; & hinc est, quod *semper & regulariter*, secundum acta & litis instrumenta judicem pronunciare debere, Dd. & JCti nostri respondeant; cum tamen quandoq; etsi rarò casus talis contingere possit, V.G. Cajus homicidii reus postulatur, testibus tribus productis ipse ejus criminis, tali hora admissi, convincitur, judici tamen certissimum est, ipsum esse innoxium, quia fortè tota eadem ipsa nocte & horâ Cajus judici domi suæ adsederit insomnis, ad pictas chartas colludens: videbimus itaq; an quoq; & hoc casu judex ille secundum acta & probata, an suam conscientiam judicare debeat? seu, an judicem hunc ex actis, contrà conscientiam judicare oporteat? uti hanc quæstionem format *Coras. 4. miscell. 20.* Seu, utrum ex conscientia, an secundum edicta in lite instrumenta judicare debeat? uti format *Hottom. qq ill. 27.* Seu an secundum conscientiam vel processus probationes judicare debeat? uti *Vasq. 1. ill. contro. 14.* seu, utrum judex potius mendacium, quam veritatem sequi debeat? uti ex Oldendorpio *infra cit. lo. Arum. disp. inst. 6. th. ult.* Sanè rectius *litis instrumenta* vel *testimonia*, quam *probata* dixeris, quippe ea

pt ea demum *probata* latinè dicuntur, quæ fidem faciunt ac persuadent. *L.4.§.2. de testib. Hottom d.l.* tametsi & suo modo *probata* dici possint, quæ pro veris reputari debent, nam cum in ore duorum aut trium stet omne verum, juxtá Legem Dei, ideò verum illud reputabitur quod in judicio tribus testibus aut aliis legitimis modis ostensum & probatum fuit: quo modo aliquantò duriusculè *Arum. d. lo.* hanc veritatem judicialem mendacii loco habuisse videtur, *vide quæ paulò post dicentur*. Quicquid sit frustranea hæc quæstio non est, in qua ita nos præ aliis rectius statuimus & apertius distinguimus. Judex coram quo talis causa ventilatur vel *supremus* est, & à quo non possit appellari, atque ille potest causam istam paulisper differre, dum veritas, quæ filia temporis dicitur, emergat, juxta *Owen. 3. epigr. 112.*

Quod verum est, lateat quamvis, aliquando patebit;
Hinc & apud Graios nomen ἀληθὲς habet:

Aut debet actis in judicando conscientiam suam præferre, hoc est, illud ipsum quod ipse in facto verius esse scit; non quod hoc casu probatum est in judicio, sequi: per rationes, quas postea dicemus: vel *inferior* est, & à quo possit appellari, & tum si ponas eum judicare *debere*, planè in tali exacta terminorum oppositione, contrà acta secundum conscientiam pronunciabat: Verum quod ita innocenti plenè non consulatur, peribit enim adhuc sub judice appellationis (potest namq; quod hic benè notandum & casus ejusmodi in *causa civili* appellabili contingere: V. G. judex tibi donavit domum suam, quam & tradidit: Cajus tamen affirmare vult domum eandem sibi fuisse prius ab eodem hoc judice donatam & traditam, quare abs te eam, & quidem sub eodem judice, vindicare instituit, & propterea duos tresve testes pro se producit, *V. Vasq. d. l. n. 12.*) cujus eadem scientia non est, & qui ideò quod probatum est in judicio sequetur, omnino rectius fecerit judex, si abstineat judicio, remq; deferat ad *superiorem*, quomodo facilius innocens servabitur: ac licet ipse solus attestetur, tamen & auctoritate & circumstantiarum explicatione judicem movere poterit, apud quem aliàs post sententiam à se latam testimonium ejus exigui erit futurum momenti, ut vel ideò ipse hoc casu judicare non debeat, tantoque minus Perjurus existat, sicuti malè voluit *Hunnius ad Tr. vol. 1. disp. 12. th. 14. q. 51. ferè in fin.* qui etiam frustrà generalissima juris, nimirum quod unius testimonium vel nullum sit, vel plane

non-

non admittatur. *L.9. C.de testib.* contra hunc casum, qui singularis, & ut diximus, de raro contingentibus est, adducit. *arg.l.4.& 5 de LL.* Vasquius quidem etiam *d. l.* hoc remedium lugubre dixit, quod tamen possit esse innocenti magis salutare; nam cum hic noster testis sit persona honesta, publica, & auctoritatis summæ, vel eius testimonium semiplenam probationem faciet, *arg.L 1.& 3. de test. Mins.1.O 93 & 4 O.38.n 1, Far de test.q.65 n 52 Specular. de test.§.11.n ii.inf.Masc de probat.q 11 n.2.* aut ad minimum rem dubiam, & fidem aliorum testium incertam reddet, jam verò in dubio judicis partes sunt, ut potius absolvat, quam condemnet *l. 5. 11. de pœn. L.semper. de R.I.* Quomodo adhuc innocenti magis ita consultum erit.

Quod vero dissentientes hic dicunt, ita statum controversiæ mutari, cum de iudicante quæratur, & an ille secundum acta, an conscientiam, iudicare debeat, iudicis autem sit iudicare, non testari: Quare ipse hoc casu iudicare cogatur *argum. l.78. de junic.l. 18. §. 14. de muner & honor.* Ad hoc per concessionem responderi potest: De iure iudicem hîc iudicare teneri, sed tamen secundum conscientiam: si nunc cum dissentientibus dixeris, iudicandum esse contrà conscientiam, pro actis, & tuam conscientiam hoc docendo non leviter saucias, & ipse quoque iudex ita iudicando suam, quoniam in tali casu quem vere scit innocentem esse, temerè condemnat & scienter occidit. Quare à nemine JCtorum Christiano, iudici contrà conscientiam suam sic iudicandum esse suaderi poterit, quis enim verum crediderit, quod scribit *Cynus in L.1.in fin. C. ut quæ des. advoc.* in foro poli etiam excusatum esse, qui secundum acta & probata, eum quem scit esse innocentem, condemnat. Credat Judæus Apella. JCtos nostros duplici indigere sale, *scientia*, sine quo sint insipidi, ac *conscientia*, sine quo sint diaboli ci, optimè dixit *Bl in L.1.C de sent.experic.recitand.* Utrumque salem qui habent. id verum esse neq; dixerint neq; crediderint. Sed quoniam iudex inferior (de hoc enim iam loquimur) hoc casu iudicans, & contrà acta pro sua conscientia, quem scit innocentem, absolvens, non ei sat bene neque sufficienter prospicit, imo non prospicit, quia iudex appellationis actorum fidem sit secuturus, eumq; uti dixi, condemnaturus, ideo commodius facturus erit, si hîc iudicio abstineat, suoque iure salvo causam hanc ad superiorem remittat, quomodo coram illo veritati & innocentiæ accusati testimonium, maiori spe atque fiducia, perhibere

possit,

possit, forteq; ita potius uti antea diximus innocentẽ servabit, salvabitq;. Et quoniam hic casus rarissimus, irregularis & summè favorabilis est, quis non à rigoroso tramite & stricti juris regulis paulisper hactenus declinandum dixerit, ac judici à judicio hic ABSTINERE permitteri? ita quidem ut de innocentia accusati protestando causam hanc ad superiorem deferat [illegible], non vero, ut cum *Coras. H. ttom. aliisq;*, sibi NON LIQUERE pronunciet aut juret: hoc enim quomodo posset, cum causam & casum, de quo tractamus, ipsum perspectissimũ habere, certò certius præsupponamus: neque igitur mentietur. Et si sibi NON LIQUERE dixerit, quomodo *superiorem* informabit aut coràm eo pro accusato posteà testabitur? huicq; si *Hunnius d. lo.* respexisset, non incommodè tali in casu sibi *non liquere* jurantem, perjurum existere, dixisset. Et ergò quando judex est *superior* si statim ille judicare debet, omninò debet in ejusmodi casibus secundum suam conscientiam judicare; quando est *inferior*, & huic si rigorosi & morosi nostri Dd. potestatem ABSTINENDI ad hoc denegaverint ipsumque judicare debere voluerint, debet etiam in hac exacta terminorum oppositione pro conscientia sua omnino judicare, quippe semper ea opinio amplectenda est, quæ animarum saluti tutior. *L. 63. de religiosis.* unde [illegible] ut judicemus ex animi sententia. *L. 3. §. 1. §. ejusdem de [illegible]* [illegible] suggerit. *L. 79. de judic.* ut adeo conscientia arte æqui & boni [illegible] judici sequenda sit, vel maxime in tali nostro casu, quo judici [illegible] de [illegible] & per falsa probata convicti, innocentia constat, adeo que judex de facto prorsus certus est: cœterum *in dubio* & ubi de facto judex incertus est, damus judicem ab actis recedere non debere, quo omnia dissentientium argumenta, quæ refert *Hunn. d. lo.* collimant: eaque [illegible] nobis, qui hic non versamur in dubio, sed in ipsa veritate, uti anteà ostendimus nihil obstant. Sane prædicti judices, in ejusmodi casibus judicaturi, vel excusabuntur præferentes errorem veritati, suum cuique non tribuentes, innocentem lædentes, nocentem ve dimittentes &c. vel ex conscientia contra acta judicare tenebuntur.

Sed jam dissentientes hoc potiss. replicant, hosce judices judicando secundum acta, ipsissimam veritatem justitiamque sequi, cum verum illud reputetur, quod in judicio, ore duorum trium ve, probatum sit, & judicem ideo hoc sequi debere quod *tanquam judex* verum noverit, non *tanquam privatus*; quomodo dicunt in supra positis casibus,

 judices

judices semper in vel nocentē (*intellige privatim*) condemnare vel absolvere. *V. Subard. in L. 1. C. utque def.* [illegible] *part. Mosla.* [illegible] *sit de Idict. omn jud. q. 1. num. 38. Bacher. ad Treutl. vol. 1. diss.* [illegible] *Covarr. 1. var. res. 1.* Cæterum nescio an ita judicibus liusce [illegible] consulatur, neque facile cum Dd. istis [illegible] duplicem in judice conscientiam, alteram quam velut judex habeat, hoc est eorum quæ videt aut intelligit tempore judicii, alteram, quam habeat de iis, quæ privatim scit. Deinde *veritatem duplicem*, aliam quæ sit in rebus ipsis, nobis sæpè occulta, aliam quæ appareat in Actis, veritas scilicet judicialis: Dicit Oldendorp. *in tr. de jur. & æquit. cap. 11.* Magistratui tribuere duplicem conscientiam esse contra [illegible] jus & æquitatem, siquidem conscientia res sit simplicissima, nec duplex esse possit in uno eodemq; homine: quicquid enim fit [illegible] conscientiam, contrà veritatem fit, & ædificat ad gehennam. [illegible] *literas de restit. spoliat.* [illegible] *pluribus Oldendorp. d. lo.* Sanè [illegible] distinctionibus [illegible] dant totos, contrà quas ideo & hoc [illegible] argumentum: ut se habet in E s s e, ita etiam in C [illegible] seu, ut se habet res extra [illegible] rem, ita etiam se habet scientia. *Zabar. 1. de nat. Logic. cap. 3. &* [illegible] *Logici communiter*: jam verò res hic est simplex, una & eadem. Q[illegible] etiam scientia erit una & eadem, & consequenter alia non erit privata, alia publica. Et quomodo judex publicam scientiam in casibus nostris habere posset? etenim [illegible] probandum sit judici, non adversario *L. 12. de probat.* (ubi bene *Gothofred. notat.* si adversario [illegible] esset fides [illegible] da, lis abiret in infinitum [illegible] es [illegible] et (in [illegible] rò casibus judex clarè [illegible] planè se habere, atque V. G. [illegible] deponunt, [illegible] probatum videtur, ac per consequens nec [illegible] publicam: Scilicet nulla est probatio, quæ non [illegible] ce, cujus est probatio. Jam verò in supra [illegible] non esse nocentem, sed probatio est imo [illegible] hanc itaque probationem cum judex certissi[illegible] [illegible] congruere, ergo hactenus nulla erit proba[illegible] [illegible] nullaq; alia veritas, ut proinde etiam [illegible] [illegible] non multiplex veritas sit, dicente *Goedd. in* [illegible] [illegible] Licet itaque aliàs in *dubiis* casibus in duorum vel trium ore stet omne verum, *Deut. 19. Matth. 18. L. 15. de testib.* nostris tamen in casibus tanquam judici quod rei veritatem *certissime*, [illegible]

veritatem judici facere potuerunt, siquidem rem, ut in ipsa veritate esset, judici non demonstrarunt. Et hanc rationem tota commentatorum cohors etiamsi multi [illegible], non posset sine calumnia inficiari, dicit *Oldend. d. lo.* Dicant igitur omnes nobiscum, in suprà propositis & similibus, raro tamen contingentibus casibus, non esse exactis contra conscientiam, h. e (*ut hoc quoq; finaliter notes*) certissimam scientiam ejus rei, quæ in animo nostro versatur, judicandum, cum hæc sententia non solum tutior atq; humanior sit, sed in puncto juris quoq; verior. Vos videritis quis justius [illegible], *inquit Vasqui: in fin. d. q. 14.*

XXX.

An debitor, qui pupillo, auctore quidem tutore, non tamen jubente judice solvit, plenissimam consequatur liberationem?

QUæstionem hanc proponit *Treutl. vol. 1. disput. 11. thes 11.* sed non satis explicatè, neque hanc *absolutissimè* resolvit *Hunnius ibidem:* & parum tantum ad eam notavit *Bachov. ibidem.* Quare eam aliquanto latius & explicatius proponere voluimus, cum & maximam utilitatem habeat. *Treutlerus* vero & *Hunnius* negant debitorem eum, qui tutori curatorive, seu, quod eodem valet, (nam in jure nostro ejusdem roboris est solutio sive facta sit tutori, sive pupillo auctoritate tutoris, *arg. L. 15. L. 49. de solut. L. 46. § 5. d. admin. tut. § fin. I. quib. alien. lic. vers. ideoq;* Unde corruit distinctio *Gutirez. tract. de tut. & cura. part. 2. c. 21. num. 14.*) qui pupillo Minorive, tutore tamen auctore, solverit, plenissimam liberationem consequi, ideoque si posteà pupillus Minorve se læsum quasi pecuniâ male collocatâ, ostenderint, eos integrum posse restitui; quod idem jam ante quoque negarunt *Don. 16. com. 10. ibiq; latiss. Hilliger in not. lit. F. Gomez. tom. 2. var. res. c. 14. n. 4. Wesenb. Hertens. Mynsing. ad §. fin. I. quib. al. licet. aliiq; Pragmatici communiter*, qui existimant debitorem pupillarem Tutori solventem, tum demum plenissimam consequi liberationē, si interveniente judicis decreto solutio fiat, cœteroquin adhuc pupillo in omnem eventum restitutionis auxilium superesse. Sed rectius affirmarunt *Vasq. lib. 3. controv. cap. 67. Ant. Fab. 17. conj. 13. Schieferdeg. lib. 1. tract. 16. q. 2. Bachov. d. lo. pluresq; alii Theorici*, debitorem hunc etiam plenissimè liberari, atq; contrà restitutionis me-

tum securum fieri si ipsi tutori vel eo au[illegible] pupillo [illegible] ipsis hoc argumentum adducemus. Quo [illegible] debitor [illegible] ritè & jure permittente facta est, hoc casu ipso jure & c[illegible] restitutionis metum ille à pupillo est liberatus. neque enim [illegible] quod ritè & secundum leges ab initio actum est, ex [illegible] eventu [illegible] *inquit Imp. in L. 25. C. de admin. tutor.* Sed si solutio [illegible] tempore adhuc administrandæ tutelæ fiat, ea ritè & [illegible] facta est. *L. 46. §. 5. & fin. de admin. tut. L.* [illegible] Ergò debitorem ipso jure & pl[illegible] liberat, ut [illegible] ratum pupillus non restituatur. Et quare re[illegible] tum ille qui TEMERE pupillo solverit, [illegible] mnari debeat, *d. §. 1. l. quib. alien. lic.* At[illegible] TEMERE [illegible] vit, qui cum tutoris auctoritate pupillo solvit, [illegible] temeritatem suam ipso jure liberatum esse [illegible] quitur. Et apprime huc notanda sunt verba [illegible] quod non eventus damni, sed [illegible] nem indulgeat: non debet itaque [illegible] adversus debitorem pupillus [illegible], siquidem ei hæc restitutio [illegible] ne damni ex eventu contin[illegible] male concederetur: Et ergo q[illegible] Minor pupillusve damnum ejusmodi à curatore rursus exigent, cæterum ubi hic non solvendo fuerit, ipsi illud sentient; nam cum [illegible] curatore auctore & jubente solutionem [illegible] & exegerit, ipse [illegible] consultam aliquam facilitatem contra [illegible] debitorem, [illegible] nihil [illegible] ne imputari potest [illegible] manifesto confirmat *L.* [illegible] *§.* [illegible] *de minor.* [illegible] proponitur debitori [illegible] tat minori dari [illegible] remedium inutile esset, si debitor Curatori [illegible] pupillo. Et omnino [illegible] §. 2. hanc [illegible] sententiam, ostend[illegible] quem [illegible] sextum [illegible] *in* [illegible] *seu refelunt* [illegible] sibi [illegible] neque [illegible]. Colligitur vero ex isto textu, quod [illegible] Minor [illegible] habeat, huic rectè solvatur, si non habeat, [illegible] compellere adolescentem ad petendum sibi curatorem: sed quem ob finem, nimirum ut adolescenti cum Curatoris consensu [illegible] re solvatur: Et ita solventem debitorem plenissimam [illegible] qui securitatem, iis quæ *ind §. 2.* subsequuntur evidenter do[illegible], etenim ibi JCtus ex comparatione sua satis ostendit debitorem Mi[illegible]

nore[illegible]

ri cum Curatoris consensu solventem, eodem modo securum esse, quo securus est ille, qui à judice compulsus Minori sine Curatore solvit. Sed contrà hunc Minor in integrum non restituetur, *d. §. 2.* Quare neque contra illum. Et numquid assiduis implorationibus in integrum restitutionis, tribunal Prætoris personaret, si cum dissentientibus, etiamrum, licet curator solvendo sit, tamen minori contra debitorem hunc restitutionem dari statueremus? *l. 1. d minor.* Sanè eo ipso quod Curator Minori datur, tacitè quasi omnes moneri videntur, ut Curatoris consensu cum Minore agant, ne ad prætoris auxilium confugere ipse Minor necessum habeat: Unde supra *in part. 1. Q. 46.* 46. defendimus, Minorem absq; curatoris sui consensu obligari non posse, sicut itaque cum ejus consensu Minor obligatur ita si cum consensu eiusdem Minori solvatur, non remanebit amplius Prætoris auxilium, aut certè frustrà Minori Curator daretur. Et ergo tanto magis casu isto, *si ipse Curator solvendo sit*, cessabit omnis contrà debitorem restitutio, ut proinde mirari maximè liceat, quod dissentientium quidam etiam illo casu eam Minori concessam voluerint. Sed inquiunt illi, quia tutorum auctoritas pupillorum gratiâ comparata sit, [illegible] veteri & restitutionis auxilium impediri non debeat, *[illegible]* Verum replicari potest, licet ipse debitor propter tutoris auctoritatem adhibitam ipso jure liberetur, *d. l. 46. §. 5.* tamen adhuc tutorem quatenus solvendo est, quinetiam fidejussores, si quos dederit, pupillo obligatos manere, *l. 1. de admin & peric. tut. & l. t. de fidejuss. & nominat.* Sin autem tutor nec dederit fidejussores neque ipse solvendo sit, tum pupillus quidem eventum damni sentiet, sed hoc damnum ei per leges adiudicatum est, *arg. d. l. 11. §. 4. de minor.* & dicitur debitori huic, ita solventi nihil imputandum esse *in d l. 7. §. 2. ff. eod.* Et hactenus quoq; tutores Minoribus in gratiam debitorum dati videntur, ut hi cum illis adhibito tutorum consensu efficaciter contrahere possint *d l 7. §. 2.* Unde leges tutoribus permiserunt debita exigere, *d. l. 46. § fin de admin tut.* Ac consequenter etiam debitores liberare. *l. 10 §. ult. & l. seq de pact* qui ita per solutionem ritè & jure permittente factam liberati ex alio eventu, [puta curatore existente non solvendo] iterum denuoq; conveniri non debent *arg. d. l. 15. C. de admin tut.* Quare nimis iniquum est defendere Minorem, ita restitui posse ut iterum semel solutam pecuniam solvere cogatur debitor.

Verum nihilominus adversarii ad argumentum nostrum suprà

positum, & cætera ista quæ [illegible] diximus, ut respondere [illegible] solutionem à debitore cum solius Curatoris [illegible] factam, [illegible] factam non esse, scilicet ad plenissimam liberationem [illegible] dam, siquidem insuper auctoritas judicis ad hanc effectum [illegible] debeat, per expressum textum *in d. l. 25. C. de admin. tutor.* ubi aperte Justin. hanc solennitatem [illegible] ut judicis jussu quoq; [illegible] ne quo debitor solvere non debeat, cæteroquin si hac solennitate [illegible] la soli Curatori solverit non consequi ipsum plenissimam liberationem, sed adversus hanc solutionem Minorem restitui posse, &c. [illegible] diffiteor difficilem hunc nodum esse. Possum tamen cum *Anton. Fab.* & *Schiefferd. dd. l.* respondere *ad d. l. 25.* eamq; accipere de solutione facta pupillo nondum habenti tutorem; propter verba illa in prin. [illegible] *torum & curatorum procedente.* &c. hoc est, dum proceditur ad creationem tutorum, ut iste sit d. l. 25 sensus. Debitor eo tempore quo tutor creatur, si forte haberet interim pecuniam in numerato, [illegible] casum aliquem & periculum [illegible] potest ut [illegible] obligatus, sed æquè tutò & securè [illegible] pupillo, sub judicis tamen præsentia, solvendo atq; si tutori [illegible] solvisset, sese liberare potest: atque hanc responsionem *Ant. Fab.* & *Schief. dd. lo.* non solum ex dictis verbis: *creatione procedente*; Sed etiam ita confirmant, quod *d. l. 25.* sit favore debitoris pupillaris lata, uti indicant verba: *licere debitoribus pupillorum* [illegible] *tem, solutionem facere & se liberare desiderat.* item, *sine omni damno celebrari* [illegible] quibus verbis posterioribus innuitur, in judicialem sententiam [illegible] tandam nullos sumptus debitori faciendos esse. Et fiat hinc probabile, *in d. l. 25.* non duas simul requiri solennitates, judicis præsentiam & tutoris [illegible] auctoritatem, sed alterutram ad debitorem liberandum sufficere [illegible] *d. l.* [illegible] debitoris promulgatam, in ejus odium [illegible] torqueamus, ita possem [illegible] cum *Antonio Fabro* respondere [illegible] & [illegible] ibus *Hil. g. d. lo.* occurrere [illegible] quæ nos turbant *l. 1. C si adverf. solut. & l. 5. D si tut.* [illegible] cet istis textibus tantopere moveatur *Hunnius d.* [illegible] *ad d. l. 1.* [illegible] *ab Antonio Fabro d. lo.* responsum, nimirum [illegible] minorem *in d. L. 1.* specie, prætendisse pecuniam, quæ [illegible] administratione [illegible] debebatur, non rectè nec integrè solutam [illegible], adeoq; læsionem [illegible] pore factæ solutionis intervenisse, itaque [illegible] ob malè redditas [illegible] rationes adeoq; ob læsionem probatam Minorem restitui posse; [illegible]

catur, quæ alias subesse posset restitutionis causa? *add. d. l. 3.* vix opus respondere quippe non negamus, minores posse ob malè gesta Curatorũ restitui, sed quod quoque Curatores malè res gessisse videantur, eò quod ipsi solutionem à debitoribus acceperint, hoc nobis ostendi rogamus. Nos invictè ex suprapositis argumentis probavimus, omninò de jure veteri debitorem tutori solventem plenissimè liberatum fuisse, ut contrarium *Donell. & Hilliq. aliiq.* statuere non debuissent: nihilominus tamen adhuc pro ipsorum sententia videtur esse textus apertissimus in § *fin. i. qu. alien. licet.* ibi in verbis: *Ita licere tutori debitorem pupillarem solvere, ut prius judicialis sententia sine omni damno celebrata hoc permittat &c.* fatemur hunc nodum difficiliorem esse, & tamen eundem *Fab. & Schieferd.* dissolvere sunt conati, quod nimirum ibi verbum, *licere*: referatur ad tutorem, & actionem tutoris indicet, non verò passionem, hoc sensu: quasi tutores ita possint debitorem pupillarem postea solvere, hoc est, liberare, si tamẽ ipse antea numerationem pecuniæ debitæ, pupillo, eo quidem tempore, quo tutore destituebatur, [illegible] d tamen judicis jussu, fecerit: nam aliàs, si sine ju[illegible] creat[illegible], soli pupillo solverit, superveniens tutor solu[illegible] *d. l. 25.* constitutionem factam, approbare non poterit. Ve[illegible] tum tutorem habet, & soli pupillo (licet tamen [illegible] *d. § fin. versic. ideoq. si debitor.* vel primum ei tutor cr[illegible] debitor solvere velit, judicis præsentiâ & jussu id tutissi[illegible] etiam hæc solutio soli pupillo facta fuerit, ea[illegible] superveniens non ratam habere poterit, adeoque nec[illegible] tutori hun[c] debitorem solvere, hoc est, omninò absolvere seu liberare *d. § fin. vers. sed etiam*: ut ita hoc di[c]at ibi Justin. quia ipse in *d. l. 25.* con[stit]uerit, ut dum tutor creatur, possit judice jubente securissimè solvi, id[eo]que si tum soli pupillo sine judice quis solverit, non posse postmod[illegible] ca[u]sum hunc solventem à nexu obligationis solvere, qu[illegible] solutio co[ntra] tenorem *d. l. 25.* facta fuerit. Ex qui[b]us sic d[illegible] videri posset H[illegible]etum cum Fabro non sat bona fide egisse, adeoq[ue] posse benè à Th[illegible] defendi, si soli tutori solutum fuerit, adhuc post [con]stitutionem *d. l. 25.* plen[issi]mè debitorem solventem liberari. Sed qu[illegible] pragmatici communiter statuunt & ad plenissimæ liberationis eff[e]ctum auctoritatem quoque judicis intervenire volunt, pro[p]ter *d. l. 25.* [illegible] *d. § fin.* in quo ipse verbum, *Licere: id est, permissi,* exponunt, [illegible] sensus sit,

[illegible] sit, de iure permitti *debitorem tutori solvere, ut prius tamen judic.* [illegible] *&c.* [illegible] deo in studiosorum, eorum præc[illegible] qui ad Forum properant, gratiam hoc subjicimus, quod [illegible] *d. l. 25. & ad §. fin.* interpr[illegible] commode distingui possit inter [illegible] tus *in d. l. 49. §. 5. de admin. tut.* & novum *in d. l. 25. & d. § fin.* quo [illegible] hodie cum sit quod [illegible] debitori, quod omiss[illegible] judicis auctoritate [illegible] curatori solverit, [illegible] restitutionem habebit [illegible] pecuniam malè con[illegible] & curator eius [quod notand[illegible] solvendo non fuerit, cæter[illegible] curator solvendo, cessabit restitut[illegible], nec enim nimium oport[illegible] debitorem, bonam fidem curatoris secutum, *V. Maurit. de rest.* [illegible] *c. 176. & seqq.*

XXXI.

Num exheredatio fieri possit etiam ob alias causas, quam [illegible] *censitas & expressas in Nov. 115.*

HOc Juris Studiosis con[illegible] e novo causæ ob quas exheredatio fieri debeat, ad [illegible] numer[illegible] sint red[illegible] actæ, aliæque tam ex parte *parentum*, quam ex parte *liberorum* statutæ in N[ov. 1]15. *c. 3. & 4.* nam sicuti liberis ratio naturalis, quasi Lex quædam tacita parentum hereditatem addixit, *l. 7. prin. de bon. damnat.* [illegible] ascendentibus turbato ordine mortalitatis [illegible] quitur, *l. 15. pr. de in offic. testam. l. un. C. de b[on.]* [illegible] quatuordecim causæ, ob quas parentes possint [illegible] exheredare, & his [illegible] versiculis comprehensæ:

> *[illegible] filius esto:*
> *[illegible] maledicat ei.*
> *[illegible] aut furiosum,*
> *[illegible]*
> *[illegible] grave, si nec ab hoste redemit,*
> *Testarsve vetet, se socіet ve malis.*
> *Si Mimos sequitur, vicietq; cubile parentum,*
> *Non orthodoxus, filia si meretrix.*

Sed sunt octo causæ, ob quas liberi parentes suos exheredare possint, sequentibusq; versiculis inclusæ:

[illegible]

Si capitis natum pater accusaverit, ejus
Aut vitæ insidias clamve palamve struat
Si vetuit cupidum secreta novissima mentis
Prodere, nec veritus sit temerare Nurum.
Si pater & genetrix tibi fata scelesta minentur,
Fulcra nec ad nati clausa furentis eant.
Filius auxilio si non patris hostica liquit
Limina, si genitor Numen inane colat.

Hic nunc quæritur, an non adhuc aliæ causæ, veluti majores vel quales hisce, admitti debeant? & admitti debere, communis opinio est, teste *Iasone in auth. non licet. C. de lib præter. num.6.* à qua ideo in consulendo & judicando non possit tuto recedi. *Ludovv. Schvvartzm. lib 1 misc. jur. cap. 5. in fin. Clar. §. testamentum. q. 41. num. 2.* & hanc sententiam probant *Sichard. in d. auth. num. 7. & 8. Gomez. tom. 1 var. resol c. 11. num. 1 e. Alciat. 5. paradox 14. Schrader. tr. feud. part. 9. cap. 9. num. 20 & seq. Fachin 6. contr. 78. Bachov. vol. 1. ad Treutl disp. 13. th. 8. lit. C. aliiq; communiter*; quamque etiam ego in *necess. inform. ad Bachov. & Hunn. cap. 3. ad d. disp. 13. thes. 8.* secutus fui, eamque nunc aliquanto plenius explicabo. Optime dicit *Bach. d. lo.* hanc opinionem omnino [illegible] esse, licet forte nec menti, utique non verbis Justiniani [illegible] 115. c. 3. nimirum propter summam rationem, ne parentes [illegible] filio bona sua *aliquo casu* relinquere necessum habeant. [illegible] non possint omnes articuli singulatim aut LL. aut SCtis comprehendi [illegible] LL. quia juri legitimo, seu quod idem, Legi nunquam non deest aliquid vel ob rei naturam, vel ob legislatorem. *V. Bach de action b. disput. 1. thes. 1. & seqq.* Ob *rei naturam*; quia rerum agendarum [illegible] materia singularis est, *V. Arist. 2. Eth. cap. 7. & lib. 3. cap. 1. lib. 5 cap. 10. lib. 7. cap. 3.* singularia autem quodammodo sunt infinita, ideoque propter ejus infinitatem non possunt Circumstantiæ omnes, quæ in actionibus considerantur, determinari, cum vita hominum prius sit desertura, quam omnia dinumerare queat, *V. Aristot. 1. Rhetor. 13.* Ob *Legislatorem*; quia ipse aliquid in Lege omittit quandoque ignorans & invitus, quandoque sponte, *V. Arist. d. lib. 1. Rhetor. c. 13. illud*: cum eum lateat quid sit futurum, hoc etenim si sciret, Leges quoque de eo sanciret; hoc; quia super vacuum ducat omnia complecti, cum homines ratione præditi, & judices sua

prudentia & æquitate reliqu[illegible] facilè intelligere atque [illegible] possint. Hinc dicitur in *d L.1[illegible]. de LL.* ut is qui Jurisdictioni præest ad similia procedat, atque ita jus dicat: hinc in ore nullorum nihil vulgatius: *de [illegible]libus idem esto judicium: æquipollentium eadem debet esse disciplina: [illegible] in top. in loco ab æquipoll. num.* [illegible]. cum igitur, ut dixi, non possint omnes [illegible] li Legibus exprimi, & propter [illegible] factorum singularium infinitatem plures præter enumeratas *in d. Nov.* ingratitudinis causæ queant dari, [illegible] *talis* eveniret facilè. Et quomodo non eveniret, cum Natura novas deproperet edere formas. *Constit. tanta.* §. 18. *de confirmat. digest.* & semper inopinabile emerget, quod ab his quæ jam posita sunt, [illegible] valeat, *Num.* 60. *in princ.* Et ergo cum possit multis modis accidere, ut [illegible] hæ emergant causæ, ob quas quis justè possit exheredari, non etiam [illegible] temerarium *Tribon.* fuisse existimemus, quasi [illegible] omnes ingratitudinis causas, quandocunq; [illegible], [illegible] perstringerit; ideoque potius judex solers [illegible], & æquitati [illegible] sollicitus, cuncta subtiliter [illegible], [illegible] causis similis seu major, ut [illegible] sciat utrum exheredatio sit admittenda an nihilominus rejicienda; uti prudenter hisce verbis loquitur *Feudist.* 2. *F.* 14. *vers. sed quia natura*: Sed hic respondent dissentientes, posse filios in [illegible] os parentes impios alio modo coërceri, cum præter exheredationem. Verum ut maximè hoc fieri posset, nihilominus hoc casu parentes cogi filium ingratum heredem scribere, [illegible] [illegible] esset; nam [illegible] talem exheredare falso testamento [illegible] sent, eò quod justè [illegible] ingratitudinis causa in d. N. 115. non reperiatur [illegible], adeò testamentum validum [illegible] [illegible] quid ultimæ voluntati magis [illegible] [illegible] casu parentes citius non [illegible] [illegible] in ultima voluntate, contra [illegible] Adhuc tamen adversarii dicunt, [illegible] exheredationes [illegible] interpretatione magis adjuvari, contra *L.* 8. *[illegible] de lib. & posth.* cum potius nos hic extensionem à similibus ad similia, vel etiam majora, facere non deberemus, tanquam [illegible] *c. odia.* 15. *de R. I. in* 6. Exheredatio quippe cum privet filium hereditate à natura debitâ, & odiosa & pœnalis sit. *d. L.* 8. verum & hic facilè iis occurritur, neque enim odiosum, sed [illegible] & favorabile [illegible] ingratum filium ab hereditate paterna excludi, & [illegible]

[illegible]um 1. F 14. idque ejus loci argumento confirmant, etiam in materia odiosa & pœnali extensionem fieri posse propter rationis identitatem vel majoritatem:

Inquit nihilominus *Vigiius in §. fin instit. de exher. liber.* nunquam gravius ab interpretibus peccari, quam in hac extendarum Legum licentia: ipsum sequuntur *Conan* 10. *Com.* 10. *num.* 6. *Vultei ad tit. 1 de inoffic. testam. Treutl. d. lo. & ibi Bannius*; qui ideò præter causas 14. & 8. illas expressis nullas alias, sive sint illis similes, sive majores, admittere volunt: omnes [illegible] in *d. N.* 115. *c.* 3. ubi, inquiunt, Justinianum aut certè Tribon. voluisse omnes enumerare ingratitudinis causas, & quidem *nominatim*, ut ita tolleret altercationes, quæ circà eas existebant: Nos igitur si præter ibi enumeratas, etiam alias admittere volumus, nihilominus quam hoc præstitisset Justin: siquidem altercationes exorientur non minores, quænam scilicet æquè gravis aut gravior sit dicenda causa, adeoq; elusoria redderetur ejus constitutio. Verum jam ante diximus, Justin: aut magis Triboniani eam mentem non fuisse, quasi ipse in *d. N.* omnes causas JUSTAS enumerare voluerit, neque enim hoc potuisset, *arg. d. L. 12. de LL* neque ideò tanta temeritas ei imputanda erit. Dicendum potius hoc fine Tribon: certas causas JUSTAS enumerasse, ut à similibus ad similes judex procedere posset, *d. L.* 12. *d.* 2. *F.* 24. Sed jam regerunt adversarii, potuisse tamen Justinianum inhibere extensionem à similibus ad similia, vel etiam majora *arg. L. 1. de constit. princ.* & etiam eam omninò inhibuisse in *d. N. 115. cap. 3. in princ. ibi. ut præter ipsas nulli liceat ex alia lege ingratitudinis causas opponere, nisi quæ in hujus constit. serie continentur*: Sanè ex verbis ipsis hoc ita videri posset; sed scire Leges non hoc est verba earum tenere, sed vim ac potestatem *L. 17. de Legib.* quare ne detur materia filio offendendi parentes amplius, hanc extensionem Justinianum prohibere voluisse dicendum vix erit: posset etiam ad verba allegata *d. N.* 115. *c* 3. hoc responderi, quod iis hoc magis Justin: voluisse videatur, nimirum nulli post *d. N.* licere amplius ex alia Lege (intellige *veteri*, nam dicit expresse *Iustin. in pr. d cap.* 3. se causas ingratitudinis in diversis Legibus dispersas & non apertè declaratas invenisse) aliquam ullam ingratitudinis causam, præter eas nominatim *in hac sua Nov.* ex veteribus Legibus collectas & expressas, allegare & opponere; ut ita tamen benè adhuc hodie liceat, alias similes aut majores expressis *aliundè* repetere atq; opponere:

vel alias id Justin. prohibuisset apertius, sicuti ab ipso ta[illegible] in re modici præjudicii in *L. fin. vers. aliis autem mo[illegible]* C. *de decur.* Et[illegible] quidam Theologorum ad locum *Matth. 5. vers. 31. ibi, ex[illegible] causa. & Matth. 19. vers. 9. ibi. nisi ob fornicationem* respond[illegible], ibi excludi alias divortii causas TUM judæis u[illegible]tatas & [illegible] iam alias novas postea emergentes, quomodo [illegible] post modum exceptionis loco adjecta fuerit: Q[illegible] cludendo hoc addimus, vix tamen a[illegible] ne vi[illegible] posse, secundum *verba* Justiniani, ut forte etiam [illegible] non arbitrabimur quenquam dicere quod non [illegible] agitaverit, *att IC. in L. 7. §. fin. de supell. leg.* nostram [illegible] re posse; etenim quod de antiquis Legibus [illegible] mus, quasi *Justin:* voluerit alias plures ex iis [illegible], præter [illegible] *sua Nov* desumi & opponi, exinde sequitur caus[illegible] veteribus Legibus expressas admittendas non esse; quod si itaque hoc verum [illegible], non admitti causas graviores olim Legibus expressas, quomodo admittemus causas eas, quæ nullis unquam Legibus expressæ fuerunt? Attamen ob rationem nostram supra positam hoc *audacissime* affirmare possumus, quæ ratio cum maxime favorabilis sit, & forte tamen, sicuti [illegible]mus, jus scriptum *in d. Nov* ei contrarium, idcirco adhuc tutius v[illegible] posset, simul Principem de i[illegible]is causis simi[illegible] majoribus consulendum esse, *arg. L fin. C. de LL.* atque hanc nostram sententiam hodie [illegible] magis admittemus, quod

Ætas parent[illegible] avi[illegible]
Nos ne[illegible] daturos
Pro[illegible] [illegible]rem.

Ut (hoc [illegible]; ut vel hinc istos errare elucescat, qui [illegible] [illegible] *parentem* respiciant & in ipsi[illegible] [illegible]us enim generis peccata Justinianum [illegible] voluisse *Caven. & a[illegible]d lo.* existimant, & ideo delicta [illegible] *in Rempubl.* committantur, exempla huc non perti[illegible] [illegible] *patria rebellio, crimen læsæ maj. cæteraq; delicta publica,* quorum convicti non *hereditate*, sed *vita* priventur, quæq; ad [illegible] *publicam* pertineant, non *domesticam*, in quam tantum causæ exh[illegible] tionum [illegible] *in d. N.* enumeratas esse, nec plures dari posse, [illegible]tur. *V. H[illegible]ig. D. E. 6. com. 12. lit. L.*

[illegible]

XXXII.

An ignorantia ejus, contra quem præscriptum est, sit justa causa restitutionis in integrum?

GEllius 4. *Noct.* 12. prodidit, apud Romanos censoriâ notâ punitos fuisse, qui indiligenter agros colerent, vineasq; sordescere paterentur: nec immerito, ut enim natus infans sine nutricis lacte non potest ali, neque ad vitæ crescentis gradus perduci, sic civitas sine agris & eorum fructibus in mœnibus affluentibus non potest crescere, nec sine abundantia cibi frequentiam habere. *Inquit Vitru. lib. 2. de agricult.* necessarium itaq; in Republ. desides homines, suique juris contemptores puniri, *l. fin. in f. C. de annal except.* Ut sic civium quisquis ad res suas custodiendas attentior reddatur: Quo bono publico introducta fuit usucapio l. 1. de usucap. quæ ideo negligentiam dominorum singulorum punit, quoniã videbat eam damnosam fore universis: dicente Conan. 1. Com. 7. n. 7. & quidem ita punit, ut alteri diligentiori & sibi vigilanti, ejus rei, cujus negligens prior dominus tanto tempore possessionem intermiserat, plenum jus adferat, *l. 17. in fin. de rei vindic.* atque hoc Dd. omnes admittunt in domino negligente, sed sciente tamen rem suam penes alium esse, & ab alio possideri, cæterum de domino ignorante gravissima est disputatio: V. G. fundum tuum Cajus possidit cum titulo & bona fidè tempore legitimo ad præscribendum; sicq; eum præscrip sit, hoc tempore elapso tu illum recuperare contẽdis, allegans causam tuæ ignorantiæ quasi rem tuam jusve tuum à Caio præscribi ignoraveris, sicq; petis restitutionem ex clausula generali, *Si qua mihi justa causa videat. l. 1. ex quib. caus. major.* Hinc controversum est sæpissimè & vehementer, an in integrum restituendus sis, ut ita præscriptio isthæc semel completa, reddatur infecta. Pragmatici Camerales *Gailius. 2. O. 19. n. 18. & 2. O. 48. n. 14. Mynsing. dec. 12. resp. 3 n. 17.* & post hosce *VVesenb. cons. 5. n. 32. Bocr. decis. 39. Maurit. de restit. in integr. c. 56. & 58. Sf Od. do restit. q. 8. art. 9. Balb. Cravett. Alexan. Gomez. Covarr.* sexcentiq; alii, quos omnes allegat *Vasq. part. 1. Controv. q. 75. n. 1.* communissimè affirmant ex capite ignorantiæ restitutionem dari, & dicunt ipsi ferè omnes hanc esse communem opinionem, secundùm hanc *Judicatum fuisse, &c Vasq d. l. n. 1.* Pragmaticis tamen & Dd. hisce non possumus assentiri, nec facilè assentientur alii, qui nobiscum veritatem student inquirere magis ponderando sententias, *l. 1. §. 6. C. de Vet. Jur. enucl.* quam

nucl. quam numerando, ut alioquin [illegible] solent, qui non [illegible] opiniones tanquam pontificis pedes osculantur, ac Dd. glossulas, [illegible] Sibylla cecinisset, venerantur, unde eorum in ore semper symbolum hoc Pythagoræum: HÆC PARS MAJOR VIDETUR: [illegible] credulitas! *Vasq. d. l. Pinel. in auth. nisi tricen. C. de bon. matern.* [illegible] *vol. 1. disp. 11. th. 17. ibiq; elegantissime* [illegible] *Arum.* [illegible] que Theorici, adversus præscriptionem completam ob ignorantiam [illegible] ri restitutionem negarunt. Quæ negativa fortissimis rationibus ab ipsis confirmatur, & quidem primo loco plures textus possent allegari, sed hos quasi per satyram adductos videbis apud *Vasq. d. l. n. 3. & seqq.* Denique ne prolixius agamus, præcipue allegamus *L. fin. C.* [illegible] *nulla ignorantia vel scientia expectanda*: ex qua constat præscriptionem debere currere etiam adversus ignorantes: cur verò [illegible] tam anxiè definitum fuisset, si tempore certo [illegible] omni præscriptio semel perfecta ob solam ignorantiam [illegible] infecta reddi posset? Sed infecta reddi nequit per *l. 3. & 4. C. de præscr. 30. ann.* Ubi in illa omnis defensio contra præscriptionem 30. annorum negatur, in hac post 40. annos plenissima munitio & securitas tribuitur, & ergò tali tempore præscribens liberatus est citra metum restitutionis, siquidem hanc plenissimam liberationem etiam ipsi dissentientes appellant. *V. qu. Acad. præced. 30.* Est insuper adhuc elegans textus in *L. ult. C. de fund. patr. l. 11.* Ubi post quatuordecim annos possessores jubentur nullam molestiam aut inquietudinem formidare: cum quo congruit *cap. volumus 16. q. 4.* Ubi post totidem annos [illegible] quomodo igitur cum communi Dd. [illegible] restitutioni locum nunc dare possemus? Si debet [illegible] annorum possessor [illegible] lite & vexâ manere, quietè possidere, quomodo ignorantiæ [illegible] præscribentem petitione sua restitutionis [illegible] inquietet atq; vexet? [illegible] migrat igitur in præscribentem, [illegible] priore, dominium irremeabiliter. Volunt tamen dissentientes [illegible] textus apertos hoc excipere, quod illis excluditur tantum remedium ordinarium, non restitutionis ultimum auxilium. Sed reverà cavillantur, ut dicit *Pinell. d. l.* & manifestò [illegible] futantur *arg. l. 25. C. de admin. tutor.* ex hac etenim probatur *plenissimam securitatem* beneficium restitutionis omninò excludere, ibi enim [illegible] tor, judice jubente, tutori solvens, dicitur plenissimè, hoc est, citra metum restitutionis, liberatus, aut aliàs quomodo liberatus dici posset, qui [illegible]

[illegible]

minime liberatum esse desiderat? *confer quæ diximus in d q. acad præc.* Jam vero etiam noster præscribens plenissimam securitatem sive, quod idem liberationem habere dicitur in *d l. 4. C. de præscript. 30. ann.* Et ergo quoq; liberatus erit citrà metum restitutionis, aut aliàs nihil minus quam liberatus a. securus foret. Si mihi securitatem plenissimam tribueris, & tamen alteri contra me restitutionem dederis, profectò multum promiseris, nihil verò servaveris. Potest *secundo loco* hæc afferri ratio, quæ sententia ipsum bonum publicum multis modis impedit & offendit ea arripienda non est, *per vulg.* Sed communis ista Dd. sententia talis est, siquidem eâ admissa totum planè jus usucapionum & præscriptionum penitus everteretur, quoniam sæpissime, imò ferè semper, quisquis suam ignorantiam prætenderet, & ita per interventum restitutionis præscriptionem legitime completam rescindere posset, & hoc tanto magis, quod dissentientes communiter notent, regulariter ignorantiam præsumi: *Gail. d. obs. 48. n. 14.* adeoq; præscribentem debere scientiam petentis se restitui probare, quod cum ei difficilè, si non sæpius impossibile foret, sanè eo ipso ignorantia alterius probata videbitur. *Gail. d. O. n. 23.* cum itaque usucapio bono publico, *ut in principio quæstion.* diximus, inventa fuerit, ne scilicet quarundam rerum diu aut ferè semper incerta dominia essent, *L. 1. de usucap. & prin. eod.* [illegible] ex ista incertitudine dominiorum materia litium cresceret, adeo [illegible] nostræ, quæ usucapionum jus conservat, magis favendum est *arg. l. 2. in pr. de aq. plu. arc. l. fin. ff pro suo.*

Potest tertio loco sic argumentari: Qui domini certo tempore dicuntur possessione sua cadere & excludi, illi beneficium restitutionis in integrum non habent, ratio conseq. est *in l. 5. de in integr. restit.* Sed de prioribus dominis hoc dicitur in *l. un. pr. C. de usuc. transf.* neque poteris id limitare quoad dominos scientes tantum, quasi hi possessione sua cadant & excludantur, ideoq; domini miseri vere sint, *d. l. un.* quoniam Leges in casibus communiter accidentibus sunt intelligendæ *l. 4. 5. de LL.* plerunque autem & fere semper res nostræ nobis insciis & *ignorantibus* præscribuntur, cum è contrà nunquam aut vix in uno seculo eveniat semel scientem pati res suas ab alio possideri, & tam diu ut usucapione abs sumantur adeo habendi & retinendi cupiditas prædominatur. *l. leg. l. 5. de probat. ibi, nemo ita resupinus est, ut faciliè suas pecunias jactet & indebitas effundat*: neque dissentientes juvat, quod Just. dicit in *d. l. un.* ista tempora

angustiora

angustiora etiam olim nescientibus dominis processisse, in[illegible] non interci potest, ergo hodie [illegible] procedere, quoniam Justin. hac in re juri veteri nihil [illegible], sed tantum tempora præscriptionum prorogavit, uti patet ex d. *l. un.* [illegible] *hujusmodi angustiis penitus semotis: & [illegible], ita ampliatur longi temp. materia & minuitur usuc. compendiosa [illegible]. &c.* atque ita, temporibus quidem prorogatis, præscriptionibus tamen veteri juris [illegible] manifesto relictus fuit.

Quarto loco, ut argumenta reliqua taceamus, adducimus [illegible] torum *consultat Saxon. part. 2. q. 55.* nervosa verba, graves [illegible] continentia, & hæc sunt: daß sich die Schöppen Stuls haben [illegible] die restitution etiam ob justam ignorantiam, wann es über [illegible] vierzig Jahr ist nicht zu sprechen / dieweil nicht [illegible] und unzehliche Hader sachen daraus erfolgen würden / Sondern [illegible] man die restitution zugeben wolte / nach dem eine [illegible] justa causa ignorantiæ seyn sol: Denn ob solam ignorantiam DD. nullo modo restitutionem admittunt, sed ob justam, quæ e judicis arbitrio pendere videtur, & eam pro justa vel non justa arbitrari poterit, prout sibi visum fuerit. Derowegen ist es viel besser indistincte ob ignorantiam die erfüllte præscription restitutione nicht zu hindern. Sed iam tamen dissentientes clamant, ita injuriam fieri domino ignoranti, cui nihil imputari posse videatur, quoniam ignoret rem suam ab alio possideri, quam ideo nec vindicare possit: verum respondemus, [illegible] crassam & supinam hanc esse ignorantiam, prout enim nemo ita [illegible] pinus, ut nomen [illegible] um ignoret, *L. ult. C. de hered. instit.* ita nemo [illegible] ita stultus ut res [illegible] iactet d. l. 25. de probat. quod tamen dominus facere ille præsumitur qui [illegible] forte 30. aut 40. annos [illegible] negligit, solet aliàs optime dici oculus domini saginat equum, [illegible] prudens pater familias rerum suarum [illegible] curam habeat necesse [illegible] qui se fecisse dixerit, & ita inscio se, fundum forte suum præ[illegible] esse allegaverit, quid nisi propriam turpitudinem, & perniciosam suam Reipublicæ desidiam dicit & allegat, unde audiri non debet, ipso dicente *Gailio d. obs. 48. n. 16.* Et iam in [illegible] *quæst. hujus* diximus, contra hosce desides homines Usucapionum ius introductum fuisse, ne eveniat, ut agris incultis & desertis Respublica propter ciborum penuriam facile evertatur *Conan. d. l. 1. c. 7. n. 7. & seq.* [illegible] cum dominorum horum negligentiam Lex arguat, utique iis propter ignorantiam non succurrit; Et tamen somnolenti isti ne haberent [illegible]

ullo modo quererētur, *justin.* præſcriptionum, *uti paulò ante diximus*, tempora ampliavit & produxit, *d. L. un. C. de uſucap. transf.* & *pr. I. de uſucap.* ut ita ipſis ſufficientia eſſent, ad inquirendum res ſuas, *d. l un.* & *d princ.* ſi igitur hæc tempora hodie ſufficientia ſunt ad inquirendum res ſuas, iis decurſis non poteſt dari reſtitutio prætextus ignorantiæ, quoniam aliàs nondum iſta tempora ſufficerent, neque ea *juſtin.* ſatis produxiſſet: ſed ſufficientia eſſe probatur *per d. L. un.* & *per de princ.* Et ergò dominus negligens nec inquirens poſt tàm longam poſſeſſionem præſcribentis, præſertim legitimo forte titulo & bona fide juſtificatam, non reſtituetur: vel enim ſi Lex reſtitutionem hoc in caſu promiſiſſet, incurriſſet in id quod vitare voluiſſet, ſic namq; adhuc neglectus rerum ſequeretur, nemo enim facile ſumptus in eam rem faciet, ſemper timēs, ne aliquando verus rei dominus ſuperveniat, eandemq; ſibi auferat, *L. 7. pr. C. de præſcript. 30. vel 40.* Quare præſtat reſtitutionem denegare, licet *affirmativam* ſententiam uſu receptam, ſed noſtram *negativam* tamen Legibus eſſe conſentaneam, dicat *Fachin. 1. contr. 69* quod ſi hoc ita eſt, fere & vere exclamare licebit cum *Vlp. in L. 13. § fin. de injur.* hoc quidem receptum eſſe, ſed nullo jure. Cætera quæ contra hanc ſententiam vulgariter opponi ſolent, videbis apud *Fachin. d. lo.* Cum ſint momenti exigui, ea præterimus. Atq; hinc habemus notabile exemplum quod ad *pragmaticorum errores* relegandum eſſet.

XXXIII.

An Nobili turpiter viventi ipſo Iure ſit adempta Nobilitas, ac conſequenter ex hac cauſa Nobili Vaſallo feudum adimi poſſit?

POlitica & Nobilis hæc eſt quæſtio: *an pro Nobilibus illi ſint habendi, qui turpiter vivunt, ut maximè ex parentibus nobilibus prognati fuerint?* quam quidem ita propoſitam ſaniores *Politici* negativè decidunt, qui omnes veram nobilitatem virtute metiuntur: Et ea eſt, inquit *Bodin. 3. de rep. 8. p. mihi. 553.* non modo Philoſophorum ac Theologorum, verum etiam Poetarum, Hiſtoricorum ac JCtorum penè omnium conſentiens opinio, qui negant ullum ſine honeſtate Nobilitati locum relinqui; quibus & ideò improbi, etiamſi *jove* ipſo meliore patre editi eſſent, ignobiles tamen videntur; quod ceſſante virtute neceſsè ſit & Nobilitatem ipſam deficere, quemadmodum ſublato fundamento o-

mne ædificium corruat, *L. 26. de ext. rei jud.* quocircà Nobiles heredetum demum æstimando esse, cum & præsumtione *generis*, & suâ *virtute* Nobilitatem illustrant: Et licet jam quis dicere possit, præsumtionem tamen pro Nobilibus, etiam quod *virtutem*, militare, quoniam Nobiles *genere* sint, fortes autem creati fortibus & bonos bonis, præsumatur, *Minoch. 6. præs. 58. n. 2.* hæc nihilominus levis est præsumtio, docente ipso *Menoch. d. lo. n. 10. & seqq.* & tanto minus in hoc casu attendenda, cum contrario facto elidatur: unde illi qui sunt è nobili sanguine sati, si à virtute deflectant, & sibi ipsis & suis majoribus dedecori sunt, quorum virtutem & nobilitatem suis vitiis prostituunt & dehonestant:

Laus est creari splendidis majoribus:
Sed ista laus est sortis arbitraria:
Nec tam decorum genere prognasci bono,
Quàm turpe avorum gloriam indecentibus
Fœdare factis, obruisse ignaviâ.

Unde virtute propriâ abscendente, verè miserum est aliorum incumbere famæ; *Iuven satyr. 8.* &

Tota licet veteres exornent undiq; ceræ
Atria: Nobilitas sola est atq; unica Virtus.

De quo plurium *Ethicorum* & *Politicorum* judicia adferri possent, si Virtutis encomia declamare vellemus: optimè *Keckerman. in præcogn. ult. de Nobil. axiom. 3.* cum ergò Nobilitas sit relatio, necesse est ut habeat fundamentum, idque duplex: *Primum*, Virtutem excellentem & præsertim bellicam eamque continuatam à primo stemmate ad posteros; *Secundum*, collationem dignitatis istius, factam à persona habente jus Majestatis: unde potest sic describi: Virtus & Nobilitas habent se ut relata, sublato autem uno correlatorum tollitur terminus & conseq: formale relationis; vel. Virtus se habet ad Nobilitatem, ut causa ad Effectum, sublata autem causa tollitur effectus. Nobiles itaque in eo plurimi non leviter peccant, quod splendore stirpis & loci adeò superbiant, ut cæteros nimium post se infra se dejiciant, cum ipsi nihilominus, excepta commendatione famosorum imaginum, iis simile nihil habeant præter colorem, adeo ab avitâ virtute degenerantes, *V. eleg. AntiMach. lib. 3. in f. p. mihi 763. 764.* & ergo quis dixerit istos Nobiles, qui sese indignos genere præstant? qui à vestigiis antecessorum degenerant, turpiter ac luxu-

& luxuriosè vivunt? Politici igitur eos qui à vera virtute & avita, in vitia ruunt, pro Nobilibus haberi nolunt, quibus ideo Insignia Nobilitatis quoq; debeant adimi: Verum si ulterius jam quæratur, *an ergò tali Nobili ipso jure sit ademta Nobilitas?* hoc JCtorum est decidere: JCti igitur ex hisce Politicorum dictis sic inferunt: Conditionalis obligatio, conditionis non existentia dissolvitur & annullatur, *L.19. de reb. cred. L.30. §.2. de pact.* At Nobilitas datur propter virtutem, & conceditur viventibus ob *propriam* virtutem, nascituris ob *spem* virtutis: Et ergò quando utrobiq; virtus abest, tum data nobilitas dissolvitur, & annullatur, ut per conditionem causâ data, causa non secuta, jure ab ipsis dignitas hæc repetatur: etenim non dissolvitur *ipso jure*, sed rebus judicatis per *sententiam*? *per allegata à Bodino Politico & ICto, d.lib.3.c.8. p.mihi.557.inf. & Petro Fritze in disp.d. Nobil concl.30.lit.C. quam omninò vide int.1.disc.acad. Arumæi disc.16.* Juridicè igitur tamdiu pro Nobilibus adhuc habentur, donec illis legitimè dignitas, per eum qui adimendæ dignitatis jus habet, adimatur, nihil enim tam naturale est, quam eodem modo aliquid dissolvi, quo colligatum est, *L.35. de R. I.* sed ipsis publica auctoritate Principis constituta est Nobilitas; E. & per eandem tolli debet. Et posset esse hujus rei hic effectus: nam si eo ipso quod Nobilis turpiter vivat, statim & ipso jure, ei ademta esset Nobilitas, videri posset liberis præjudicari, amissâ enim *ipso jure* Nobilitate, parens eam in liberos transmittere vel continuare vix posset, *eleg. Ant. Fab. in Cod. tit. de dignit. defin.25.* quæ tamen ipsis, in Principis *sententiâ* patri soli Nobilitatis jus auferente, reservari potest, ac debet, si modo non *personæ* uni data fuerit Nobilitas, sed *familiæ* toti, *arg. L.3. de interd. & releg.* quo casu justa causa non subest, cur ob vitium, quod propter malam educationem uni adhæret, totam posteritatem puniamus, *V. Piccolom gr.8.c.14.* Prout igitur *prodigo* per vocem & sententiam Magistratus adimitur administratio, *Vide in part.1. q. acad. 38.* sic quoq; Nobili turpiter viventi Nobilitatis jus & insignia debent adimi; quomodo teste *Garzia de nobil. hispan. gl.12.n.48.* factum, ut quandoque pater plebejus, filius verò in possessorio nobilis pronunciaretur. Hinc jam consequitur huic Nobili cui publica auctoritate nobilitas ademta fuit, *Nobile* Feudum quoq; adimi posse, tum quod masculis Feuda data ideò sint, ut conservetur familiæ Nobilitas, splendor, & virtus; tum quod ferè ignominiosum sit Domino, vasallum talem habere, propter reciprocationem amoris & fidei, quæ tantum est inter similes, *2. F. 52. §. fin. 2. F. 79. 2. F. 6.*

tum etiam quod nulla necessitudo & obligatio inter virtute prædìtum & vitiosum, firma dari possit. *secundum Ethicos.* ita tamen Feudum eidem Nobili ad libidines omnia convertenti adimetur, prout Bona *prodigo*, ut quidem ipsi *Feudi administratio* adimatur, nobilitas tamen cum feudo ad filios transeat; si enim & his æquè ac patri nobilitas data, & feudum concessum, utpote non debent iniquitatem patris portare, *L.26.de pæn.L.22.C.eod.* qui ita nihilominus paternorum morum & vitiorum pœnâ deterriti, ad meliorem vitam se dabunt, virtutibusq; studebunt. Atq; sic in hac privationis causa hoc *singulare* erit, vel ideò, quod vitæ turpitudo inter veras causas amissionis Feudi non numeretur, 1. F.24. ob quas Feudum ad dominum ipsum revertitur. Quare & hoc in casu sine jure Feudali loqui erubescemus, ut tamen parenti Nobili turpiter viventi merito jureque suo Feudum ita adimi debeat, & possit; vel ex hac etiam ratione: si enim is privandus Feudo, qui eo abutitur, quid ni etiam qui abutitur suo corpore, cujus usus causa Feudum datum sibi & concessum erat, *Borch.de Feud.c.*8.*n.*129. qui quasi homicida est proprii corporis & suæ animæ, propter vitia & helluationes. *arg.2.F 24.juncto 1. F.16.* sub eâ tamen, quâ diximus, differentia, privabitur. Et propemodum est, ut Vasallus talis ob vitiosam suam vitam, etiam in ipsas causas *totali* amissioni Feudi constitutionibus Feudalibus destinatas brevi incidat, quare ei Feudi administrationem eòcitius adimi *liberius* expediet. Quid tamen si Nobilis talis *plebejum* Feudum habeat (possunt enim Nobiles ut quivis alius etiam plebeja feuda sibi comparare, & contra plebeji feuda nobilia habere, *Tiraq de nobil c.7.n.14.Bodin d.c.3.lib.2.p.mihi.555.juncto Matt.Coler.decis.103.n.27.Rosent.de Feud.c.2.q 1.n 9.*) an hujusquoq; ob vitæ suæ turpitudinem & ignominiam, administratione ipse privabitur? quod & nos, ob eandem reciprocationem amoris inter seniorem & vasallum, affirmamus, tum etiam quod nullo casu sub prætextu concessi privilegii, flagitiorum auctoritas crescere, nec publica utilitas vacillare debeat *L.2. C. de privil.schol* nisi etiam quis sibi Nobilitatem ob sua flagitia potius conferendam aut magis confirmandam esse putaverit, uti Cn. Flavio accidit, de quo *V. Obrecht de regal tit.4.th.109.* Sed foret mehercle *nobilis* hæc *Nobilitas*, proinde ut *Nobile scortum*, dicimus:

AB VTROQVE LIBERA
NOS DOMINE!

In Jure

In Jure Publico & Privato,

Partis II.

PERICULUM VI.

Quod subivit

Johannes Rethmeier, Mindanus Westphalus.

Quæstionum Academicarum XXXIV.

An venditor qui potestatem trahendi habet, rem præcise tradere teneatur?

MAiorum gentium JCti hactenus non frustrà existimârunt, non unam in jure nostro occurrere quæstionem quæ in utramq; partem facilè disputari possit, & etiam probabiliter disputata jam sit, nimirum in hoc doctissimo seculo vult.

Phyllida quisquis habere.

Exemplum huius dabimus in quæstione præsenti de præcisa venditoris aut alternata obligatione, quam non tantum veterum Interpp. primarij *Martinus, Iohannes, Iason. Br. Salicet. Azo. & alij*, Sed & noviorum nobiliores, *Vaud. 1. q. 9. Goedd. de contr. stip. c. 9. n. 65. Cuiac. & Donell. in l. 72. de V. P. Duaren. de in lit. jur. n. 22. Fachin. 2. cont. 30. Faber. 6. con.* 17. & retractata priori sententia, *dec. 85. err. pragm. 4. Bachov. ad Tr. disp. 28. th. 2. vol. 1.* & similiter retractata sua sententia *in exercitat. contra Fabr. in er. 4. d. decad. 85. & alij*, ita accuratè in utramque partem disputârunt, ut quasi in dubio etiamnum nobis hærere posset animus, in quam partem ferre calculum debeamus, quapropter videbimus, quæ potiora sint ab ipsis utrinq; allata argumenta. Pro affirmativa hæc maximè urgentur: 1. quod In uno correlativorum dispositum, illud etiam in altero dispositum esse debet, *per vulg.* sed in emtore hoc dispositum est, ut præcise ad ipsum precium numerandum teneatur, quod nemo negat, *Vide l fin ibi Gotof de ac-*

ceptil. E. & idem in venditore esse debet ut præcise ad ipsam rem tradendam &c. 2. Omnis actio à fine informatur & dignoscitur: at finis emtionis est, rem habere posse. *l. 1. de rer. permutat.* Ergo sic hæc actio informatur, nimirum ut emtor rem habere possit, non interesse. 3. Quæ ad paria vocantur, de iis idem est judicium: Sed donatio & emtio ad paria vocantur jure traditionis, §. 2. *I de donat.* Et ergò ut traditionis necessitas incumbit donatori, pariter quoq; ipsi venditori: ac tantò magis, cum Justin. ibi donationi hoc tribuat, ut res necessitate sit tradenda, exemplo emtionis; prius igitur traditionem necessariam fuisse in emtione oportuit: Cœteroquin esset plus in relato quam referente, quod absurdum. Unde 4. Si à donatore omnino & præcise exigitur, ut tradere teneatur, multò magis & à venditore, ratio conseq. quod absurdum sit strictius conveniri donatorem ex liberalitate sua, quam venditorem ex contractu & caussa emtori onerosa, & potius donatario satisfieri videatur, si æstimationem accipiat, cum & ei alias non in plusquam facere possit, teneatur donator *L. 19. § fin. L 30. de donat. §. 27. I de act.* nec etiam evictionem ei præstet, *l. 18. § fin. de donat L. 1. C. de evict.* sed prius verissimum est *per l. 35. §. 5. C de don. §. 2. I. de donat.* Ergo, &c. 5. Duplo precio oblato emtor recedere ab emtione non cogitur *l. 6 C. de rescind. vendit.* atqui æstimatio eius quod interest, in venditionibus duplum excedere nequit, *L. un. C. de sent. quæ pro eo quod inter.* Ergo interesse oblato emtor recedere non cogitur, ac conseq. neque venditor solvendo hoc liberatur. 6. Cujus est perfectâ venditione, rei venditæ periculum, ei rem eandem postea denegare iniquum est *L. 10. de R. I.* sed verissimum est, quod perfecta venditione periculum sit emtoris, *per express. text. in L 11. §. 12, quod vi aut clam Ant. Fab. 2. conj. 4.* Ergò, &c. 7. Quicquid potest esse in petitione, hoc idem debet esse in sententia: sed ad id quod in judicium deducitur reus condemnandus est: *ratio conseq.* quia conformis libello sententia ferenda est, sive condemnatio debet esse conformis petitioni. *L. fin. C. de fideicom. libert. ubi Iustin.* ejusmodi judicem stultum appellat, qui prore quam petit creditor adjudicat æstimationem & pecuniam, *ratio huius rationis*: quia litis sit contestatio super ipsa re debita in libello expressa, jam vero istud certissimum est, quod actione ex vendito ad rem ipsam tradendam agatur, prout in terminis probat *L. 68. § fin. de contr emt.* & quidni ab emtore eiusmodi res in actionem judiciumque deduci posset, cujus [illegible] ad ipsum spectat? *Vide rat. praeced. 6.* Et ergo in eam omnino

que-

condemnari debet venditor. 8. Pro hac sententia urgetur, quod venditor ex obligatione sua necesse habeat *L.25.§.1.de contr. emt.* quod oporteat. *L.11.§.2.act.emti.* quod compellatur, *L 50.ff eod.* & quidem OMNIMODO *§.1.l.de emt.* vend. rem seu vacuam possessionem tradere. 9. Non debet respectu ipsius debitoris minus esse in bonæ fidei judiciis, quam est in stricti juris: *per vulg.* sed si venditor in actione emti non cogeretur tradere præcise, ita minus esset, quippe cum ex stricto stipulationis contractu quis præcise cogatur. *L.75.§ fin de V.O.* minime vero in bf judicis fidem contractus rumpere licet, quam rumpit utique venditor non tradens rem, *L. cum vendit. 10. cum L. seq. C. de act. emti.* mala itaque fide rem retinet, quam præstandi facultas est. 10. Quæcunque obligatio nudum factum non continet, ex ea agi potest ad præcisam rei traditionem. Atqui hæc nostra venditoris obligatio nudum factum non continet, *Per L 52 §.1.de V.O.* Ergo: Major probatur quod hæc sit præcipua inter obligationes *dandi & faciendi* differentia, quod in his promissor præcise ut factum præstet cogi non possit, *Vide infrà quæ dicentur*:

Hisce argumentis satisfacere solent aut volunt, qui pro interesse præstando pugnant, responsionibus quæ sequuntur: Ad 1. Vitiosam esse comparationem venditoris cum emtore, nam emtor ideò precium numerare omninò cogitur, cum nihil aliud habeat quod in locum eius succedat; à parte vero venditoris est non rei tantum præstatio, sed & eius quod interest, *arg. L. 35. §. 1. L. 19. de usufr.* hinc quoque emtor nummos venditoris facere cogitur *L.11.§.2.de act. emt.* Sed non venditor fundum emtoris facere necesse habet, *T.25.§.1.de contrah. emt. L 30 §.1. de emt.* neq; Major propositio potest perpetua firma veraque esse, cum Relata habeant mixtam naturam consentaneorum & dissentaneorum; *de quo consulantur Logici:* Sic non sequitur, creditori permittitur, invito etiam debitore, partem petere: E. etiam debitor invito creditore, partem poterit solvere, contra *l.3.fam ercisc.* Ad 2. Esse quidem etiam istum finem seu effectum, sed ita ut tamen non solus sit, sed concurrat cum effectu præstationis interesse, potest enim venditor utroq; modo se liberare, *ut postea dicetur*. Ad 3. *In d. §.2.* non esse à *paribus* argumentum, sed à *similibus* quale est quod inducitur per vocabulum SICUT: argumentum vero à *simili* non inducit omnino idem jus. *Simile enim non est idem, sed à pari; de paribus enim idem est judicium:* verum esse *in d. §.2.* argumentum à *parib.* arguitur satis ex verbis: *Ad Exemplum.* Ad 4. Quod comparatio do-

natoris

natoris & venditoris sit κατὰ τὸ explicanda, nimirum quoad necessitatem implendæ venditionis & etiam donationis, quasi nihil aliud in *d.* §. 2. Justin. significaverit, nisi quod sicut ex venditione, quæ *nudo consensu* perficitur, actio est, ita quoq; ex *conventione nuda* de donando, efficacem esse actionem, cum alias olim stipulatione esset opus: ut sic hodie *ad exemplum* venditoris, necessitas adimplendi contractum, incumbat quoq; donatori: quo modo autem uterque implere contractum debeat, aliunde repetendum erit; Verum nescio an hoc idem dici possit *ad* §. 1. *i. de emt. ubi Iustin. vult, omnimodo* rem tradendam esse: prout etiam non video solidam differentiæ rationem, cur donator potius quam venditor præcise dare vel tradere teneatur, quam frustrà *Gædd. d. lo.* hinc sumere voluit, quod ille *dare*, hic *tradere*, teneatur, non enim dicit Justin: sicut in emtione *traditur*, ita in donatione *datur*, sed potius verbo *tradere*, utrobiq; similiter usus est *in d.* §. 2. *Inst de donat. & d l.* 35 §. 5. *C. eod.* Ad 5. *Respondit Bach. in not. ad Tr. d. lo* nimirum *d. l. 6.* recte de eo casu accipi ubi vel venditor rem jam tradiderit, vel pretium ab emtore solutum fuerit; sed bene & sat cito ipse ita *d. l. 6.* explicari non posse scripsit *in exercit. ad Fabr. d. l. in er.* 5. *n.* 3. quippe quod tali casu inepte dubitaretur de retractanda venditione quæ utrinque impleta esset, & cum per traditionem jam dominus effectus sit emtor: Et sanè hic, ubi adversus venditorem ad rem ipsam tradendam agi posse dicimus, necessario vel pretium esse solutum, vel fidē de eo à venditore habitam, præsupponendum semper est, cæteroquin emtori nondum efficaciter actio competet, *L.* 13. §. 8. *de act. emt. l.* 19. *de contr. empt.* Ad 6. Si emtor rem non statim, precio numerato, petat, hoc ipso est in mora, eoque periculum ad ipsum jure spectat, quare si demum posteà rem petierit, eamq; statim venditor non tradiderit, periculum ejus rei ad emtorem non amplius pertinet, sed an rem hanc venditor præcise tum tradere teneatur, hinc nondum concludi potest: si emtor itaq; statim agat, ipse nullum periculum sustinet, & tum ei damnosum non est accipere interesse *arg. d l.* 39. *de usufr.* & ergo quando periculum sustinet, id suâ culpâ & mora sustinet, ut adeo in Mai. propositione consequentia laboret. Ad 7. Non videri rectam istam consequentiam, neque necessariam, ut idem sit in sententia præcise, quod fuit in libello, idque videtur satis confirmari *ex l.* 91. §. *fin de V. O. l. pen de cond. caus. dat.* ubi dicitur quod ipse homo mortuus in libello & formula petendus sit.

qui tamen in sententiâ nobis adjudicari nequit, sed hujus debitor seu promissor non nisi in æstimationem cōdemnari potest: Hinc olim ejusmodi formula à Prætore dabatur: *si apparet Stichum dari oportere, judex condemna:* non autem Prætor addebat: *judex in Stichum condemna.* proinde omnis petitio debet esse conformis obligationi, non æquè omnis sententia petitioni, tametsi in effectu propter æstimationem petitori satisfaciat judex. Ad *d. L. ult. C de fideic. hered.* potest dici, in ea *Iustin.* hanc juris veteris condemnandi rationem correxisse, ac novum jus posuisse, ita ut ipsa res hodie debeat esse in sententia, quæ fuit in petitione, ad quam adeo præstandam condemnetur reus. unde *Ant. Fab. d. lo. dec 85. err. prag. 3.* novæ hoc Jprudentiæ à Triboniano profectæ tribuit: forte tamen hoc nimis durè imò ineptè, cum *Iustin. in d. L. fin.* stultum talem appellet judicem, ut videri possit hoc in ea nō ut jus novum, sed tanquam jus certum satis & minimè controversum, poni; ut magis tutius sit dicere, aliud fuisse observatum ætate Justiniani, adeoq; Tribonianum ita juxta morem seculi istius fuisse locutum, *V. eleg. Bach. in exerc. ad Fab. d. dec. 85. err. 1. 3. & 4.* Ad 8. In istis omnib. innui necessitatem consequentiæ, seu cum adjectione, nisi velit condemnari ad id, quod interest, *arg. L. 17. ibi, vel contractum perficere. C de fid. instrum. V. Don. 13. com. 2. & ibi Hillig. in not lit.* C ubi bene pro affirmante sententia ista *d. L. 17* verba, explicat, scilicet in iis innui necessitatem non *alternativè*, sed *successivè*, sed tamen esse hanc necessitatem tradendi alternativam, vel ad rem ipsam, vel ad interesse directam argui potest ex *d L. 11. §. 2. de act. emti.* ex verbis: *imprimis.* quæ important comparationem quandam & modum loquendi alternativam; unde videtur hæc esse JCti sententia, principaliter ad rem præstandam obligatus est venditor, sed potest tamen & interesse præstando se liberare; nec obstat ibi verbum: *Oportet:* illud enim ex iisdem verbis interpretationem & restrictionem recipit, quasi dicat JC. principaliter oportet rem præstare, interdum etiam interesse; alii verbum hoc sic interpretantur, oportere si nolit interesse præstare & in id condemnari &c. Quod in *d. §. 1. l. de emt.* de re omnimodo tradenda dicitur, id alii referunt ad necessitatem implendæ venditionis, *V. Bach. d. lo. in exercit. ad Fab. err. 4. num.* 10. Ad. 9. Nondum sic minus esse in actione emti, tametsi venditor etiam interesse quandoque præstare possit, *arg L 39 de usufr.* & cum venditor hic alternativus debitor sit, ideo ad alterutrum præcisè teneri non potest, *arg. L. quoties. 15. C. de rei vindic.* Ad 10. Hanc inter obligationes hasce

 diffe-

differentiam communiter receptam *Bach. in not. ad Treutl. d. lo.* negavit, quam tamen benè *in exerc. ad Fab. d lo.* rursus admisit, quod omninò obligationum *faciendi* sit propria ratio & conditio: *L. 13. in f. de re jud.* unde alii respondent, *tradere* rem non *dandi* sed *faciendi* præstationibus annumerandum esse, adeoque hanc nostram obligationem videri potius facti esse, *arg. L. 72. pr. & L. 75. §. 7. d. V. O.* ubi fundum tradere cum puris factis conjungitur, *V. Hunn. in variis suis resolut. & libris.* in quibus hanc quæstionem bis quater sex octiesve ad nauseam recoxit, & in his textibus triumphare voluit: sed ô jejunum quæstionarium! *vide in fin. hujus quæst.* Et hactenus de sententia affirmante.

Pro *negativa* hæc potissimum adferuntur 1. Nihil interest quid fiat ex æquipollentibus: *Gotofr. ad L. 35. §. 1. de usufr.* æquipollent vero interesse vel rem præstare, *arg. d. L. 35.* Ergo qui interesse seu æstimatione rei venditæ utitur, reipsa uti frui intelligitur, *Gotofr. ad d. L. 35.* neq; hoc damnosum emtori, cum quicquid oneris re non accepta subeat, id omne pecunia sarciendum sit, & ita restituenda res, ut jam nihil ejus intersit, *V. aud. d. 1. quæst. 9. num. 8. & 9.* 2. Retractatam suam sententiam hoc argumento probat *Faber. in d. dec. 85. err. 4.* quod tradere, ad quod venditor obligatur, sit facti: atquin vulgatum pariter sit, quod nemo ad factum præcisè teneatur, sed præstatione ejus quod intersit liberetur, *L. 13. in f. de re judic* 3. *per L. 72. princ. L. 75. § 7. de V. O.* ubi *Fundum tradi* ad stipulationes *faciendi* refertur & cum factis nudis conjungitur: jam verò in factis si recuset reus, ære redimenda res est, *d. L. 13.* 4. In emtis & venditis potius id quod actum, quam id quod dictum, sequendum est, *L. 6. §. 1. de contr emt.* atqui actum illud est, ut si res non tradatur, interesse præstaretur, *per L. 1. in pr. junct. L. 11. § 9 de act. emti.* Ergo. 5 Per *L. 4. C de act. emti.* ubi fit condemnatio ad interesse propter venditoris *procaciam*: procacia vero est temeritas & malitia venditoris, quando potest & non vult tradere: & cum *impp. in d. L. 4.* de præsenti per verbum *fiat*: loquantur, manifesto innuunt fuisse in potestate venditoris rem tradere, sed ex malitia noluisse; 6. Quibus ex causis juratur in litem, in iisdem id quod interest præstando liberamur, quod eleganter probat *Bachov. ad Treutl. d. lo. p. 106 in f.* sed ex causa emtionis in litem juratur, *per L. 5 de in lit. jur.* quæ dicit in b f judiciis in litem jurari, quale est emtio & venditio, *L. 1. de act emti.* 7. Per *L. 1. de act. emti.* quæ de jactu retis vendito loquitur, & si jactare rete piscator nolit, incertum ejus rei æstiman-

æstimandum, aut si jactaverit, pisces æstimandos esse jubet. 8. difficile est illud necessitatis facere, quod quis arbitrio suo evitare & effugere potest: atquin hic venditor facilè tradendi facultatem potest effugere, cum ei liceat rem jam venditam iterum vendendo in alium transferre & eum dominum facere, *per L. 6. C. de hered. vend. L. 15. C. de rei vindic.* E. τὸ tradere præcisæ necessitatis facere non possumus. 9. Emtor, qui ad retrovendendum est obligatus, non tamen tenetur præcisè revendere & tradere: quod multis probat *Anthon, Fabi. decis. 22. err. pragm.* 4. Ergo neque venditor, qui ad tradendum est obligatus, præcisè tenebitur tradere, cum utrobiq; par & eadem sit ratio; unde quoq; utroque casu actio eadem & quidem ex vendito nata est, *L. 2. C. de pact. int. emt.* 10. Per *L. 17. C. de fid. instrum.* & *L. 10. in f pr. quib. mod. pign. solu.* quos duos textus valde pro se urget *Bach. in not. ad Treutl.*

Hisce argumentis, qui ad rei præstationem venditorem præcisè obligatum existimant, sic respondere solent & possunt: ad 1. istam æquipollentiam tum non procedere, ubi *affectio ad rem* præponderat, cum ergo hic *species certa* promissa sit, adeoq; affectio hæc probabiliter adsit, propter affectionem hanc omnino emtori tradenda res est cui aliàs non satisfiet: & quicquid etiam argutemur, per æquipollens non implet venditionem reverà, qui rumpit fidem, ut cunque præstet interesse emtori: *arg. L. 10. & 11. C. de act. emti.* neque debet esse in arbitrio *venditoris* aut rem tradere, - ut pecuniam ita offerre, quia ridiculum est hoc arbitrio ejus permittere, quo facto rumpatur fides, quo ipso recedatur à contractu: sed venditor non tradens rem, rumpit fidem contractus; offerens precium recedit à contractu: *dd. LL. 10. & 11.* Ad 2. Hoc argumentum Fabri & protritum & ineptum est, & ad quod ipse sat benè diu ante respondit, *6. conj. 17. post princ.* & pueri norunt hic esse distinguendum inter factum *nudum* & merum, quod citrà operam hominis & membrorum applicationem perfici non potest, *V. G adificare, fodere &c.* & inter factum, quod à Dd. distinguendi causa, *prægnans*, quod ipsam rem respicit, adeoq; in ejus etiam præstatione consistit, puta *tradere*: de qua distinctione *vide Bachov. in not. ad Tr. d. lo. p. 1051. & in exercit. ad Fab. in err.* 4. cujus scrinia non compilamus: *Tradere* igitur rem *faciendi* præstationibus annumerandum non est, vel aliàs cum *Iustin. in §. 2. instit. de donat. & in L. 35. §. 5. C. eod.* etiam donatorem, pariter ac venditorem, *tradere* rem jusserit, hocque verbo utrobique similiter usus fuerit; ita sequetur,

queretur donatorem quoq; præstando interesse liberari, si nimirum *tradere* facti erit, adeoque ad *faciendi* obligationes pertineat: sed consequens absurdum est, juxta ipsos adversarios, *dd. §. & L.* ad factum itaque *purum & merè tale* nemo præcisè teneri aut cogi potest, hoc quippe cum in labore personali consistat, & *successivè* expediatur, *puta sellam facere pingere tabulam, &c.* si quis ad istud præcisè cogeretur, species quædam servitutis esset, & libero homini vis fieret, quæ ita de *facto traditionis*, cum hoc *momento temporis* & statim celeri manu fieri possit, dici non possunt: *V. eleg Salycet ad l 1. n.3. & ad l.4 n.1. C. de act. emti.* quocirca ac traditionis factum, cum facilè & temporis momento expediri possit, debitor præcisè tenebitur: Et ergò in factis puris & in labore personali consistentibus, loco facti succedit quidem interesse, sed non in factis quæ in rei traditione consistunt; quoniam enim fieri non poterat, ut judex facta ejusmodi ab invito extorqueret, eò decursum fuit, ut interesse præstando liberari quisquis posset, *d. l. 13. de re judic.* sed si reus contumax tradere rem nolit, judex hoc traditionis factum commodè supplere, dolosamque venditoris contumaciam, rem ei tanquam condemnato auferendo, & in emtorem victorem transferendo, punire potest: Ad 3. ex jam dictis responsio peti potest, neque ideo erat, ut in his textibus *Hunnius* triumphum ante victoriam caneret, cum & aliàs semper à comparatione secundum quid, non possit inferri similitudo absoluta: quo igitur respectu *Fundum tradi* cum aliis factis puris *in d. l. 72.* conjungatur, docuit *Salyc ad d. l. 1. num. 3. C de act. emti.* & post ipsum, paulo tamen aliter *Bachov in not. ad Tr. d. l. p. 1052. inf.* Potest hoc notanter addi; verbum *tradere* in obligatione ex vendito dupliciter accipi: 1. Quatenus tendit ad nudam possessionis translationem, dum actor hoc unicè vult, ut rem possidere sibi liceat: 2. Quatenus tendit etiam ad ipsius dominii, *casu quo nimirum ipse venditor rei dominus est*, vel utique juris usucapiendi, *casu quo dominus ipse non est*, translationem: *l. 52. §. fin. de V. O.* priori modo acceptum verbum *tradere*, cum aliis factis puris *in d. l. 72.* conjungitur, quatenus scilicet ad hoc unum est obligatus debitor, ut rem in creditorem accipientem transferat; at posteriori modo acceptum, non nisi absurdissimè cum factis puris comparari potest, aut eadem ratione etiam verbum *dare* cum iisdem conjungi posset: cum verò in contractu venditionis verbum *tradere*: posteriori modo accipiatur, cum emtor eo potissimum respiciat, ut tantum nude rem habeat &

beat & teneat, sed ut plenissimum in ea jus consequatur, *arg. l. 80. § fin. de contr. emt. tanto minus igitur dd. ll 72. & 75. §. 7. obstare poterunt.* Ad 4. Posse ista loca vel referri ad casum quo tradendi facultatem non amplius venditor habuit, propter analogiam aliorum textuum & rationum juris; vel dici ibi ab emtore ultro ad interesse actum fuisse, potest enim sæpius ob moram venditoris contingere ut emtor postea interesse malit, præsertim si emtorem mercatorem supponas, *arg. l. 10. C. de act. emti. Sed dicit Bach. ad Tr. p. 055. in f.* non debere esse *in emtoris* arbitrio, num ad rei ipsius vel interesse præstationem agere velit, verùm respondemus: aut venditor rei tradendæ facultatem *non amplius habet*, & *oportet emtorem ad solum interesse agere, d. l. 1. de act. emt.* tumq; venditor non tradens quanti interfit condemnatur, *d. l. 11. §. 9. de act. emt.* ut ita petitioni conformis sit condemnatio, aut quidem rem *adhuc tradere posset*, sed tamen nunc conducibilius emtori est vel *solum id quod interest habere potius*, quam rem ipsam *placito & oportuno* tempore non solutam, vel etiam *simul ipsam rem cum interesse ratione commissæ moræ* petere & accipere: quomodocunq; itaque emtor egerit petieritque, ita venditorem condemnare debet judex *d. l. fin. C. de fideic. libert.* isthæc autem electio in odium morosi venditoris, & in favorem emtoris à parte sua contractum implentis inducta & permissa est, *Salyc. ad d. l. 1. n. 3 in f.* & quidni permitteretur? cum ex contumacia non tradente venditore, emtori tam competat actio in id quod interest, quam quoque ad rei ipsius traditionem, *arg. l. 10. 11. & 12. C de act. emt.* Ex quibus *ad l. 4. C. eod. tit.* quæ 5 *loco* objecta fuit, responsio patet; nimirum licet in ea dicatur venditorem, qui cum facultatem tradendi habeat & ex procatia tamen rem tradere nolit, in interesse condemnari, indè tamen non sequi, *condemnatur ad id quod interest, E. non ad rei traditionem*, potest namque talis venditor ita condemnari, ut & simul rem quam tradere potest, tradat, & insuper cum re, id quod interest, solvat, cum certum sit in bfiudiciis id quod interest ex mora deberi, *L. 32. § 2. de usur.* & etiam constet, interesse quod persequitur emtor, à valore ipsius rei esse diversum, *quod ex d. l. 1. de act. emt. istis verbis, si pluris interest quam res valet,* ostenditur. Hæc responsio si non satis placuerit videbis aliter *Ant. Fab. 6. conj. 17. confer quæ jam dicam ad arg. 6.* Posset nihilominus ex hisce jam dictis desumi responsio *ad L. 0. quib. mod. pign. solv. & ad l. 17. C de fid. instrum,* quæ 10. *loco* adductæ fuerunt, & cum in iis ex pro-

relso de præstatione venditoris non tractetur, sed tantum incidenter, proinde solidum argumentum exinde peti nequit. Ad 6. negando in actione exemto in litem jurari, cum hoc juramentum non nisi domino deferatur, qui invitus rem suam quasi vendere cogitur, *L.* 8. §. *fin. ju...* 9. *rer. amot*: qualis emtor ante traditionem nondum est. *arg. l.* 11 *C. de act. emti. L* 5. *de acquir. poss. V. Fab. d. c.* 17. & cum in actione emti agatur de re vendita *tradenda*, huic autem juramento tantum locus sit, ubi de re agitur *restituenda*, *l.* 1. 2. 8. *de in lit. jur.* tanto magis negabitur assumtio. Sic in litem iuratur, ubi res æstimanda est: atqui res emta jam satis ab ipsis contrahentibus æstimata est, & possit esse emtor suspectus rem po... dum æstimans longe majoris quam in contractu æstimata fuerit: si nunc dicas hoc attendendum & æstimandum tamen esse, quanti emtoris interfsit sibi rem à venditore non esse traditam, dixerim id ad judicem pertinere ut ipse hoc æstimet, idq; est, quod in *d. l* 4. *C. de act. emt* decidatur, *secundum Ant. Fab. d c.* 17. *in m.* Ad 7. quia in *d l.* 12. affectio ad rem cessat, utique etiam præcisa illa tradendi necessitas, quæ ab affectione dependet, & certe in ejus L. casu emtor nullam affectionem ad pisces ipsos sed ad lucrum potius habuit, Ad 8. negari ibi potest conseq. quia & aliàs sequeretur neque etiam donatorem neque promissorem ex stipulatu præcise ad traditionem teneri, contrà suprà *dd ll.* 35. §. 5. *C. de donat. L.* 75. § *fin. de V O.* quoniam & ad hos *d. l.* 15. uti ex eius fine videre licet, pertineat: Et potest quidem venditor rem jam venditam in alterum transferre, hoc tamen dum facit, dicitur rumpere fidem, *d l.* 10. & 11. *C. de act. emt.* Et cum Leges venditori, antè traditionem, adhuc rei venditæ dominium reliquerint, *d l.* 11. *d. l.* 5. *de acquir. poss* inde ille hoc quidem *potuit*, sed non *debebat*, neq; aliquem hoc ita contrà bonam fidem contractum facturum præsumi poterat, unde cum manifestò dolus à parte hujus *venditoris* intervenerit, non videtur secunda hæc emtio *jure summo* cum effectu, nimirum quoad hunc ipsum *venditorem* subsistere posse, quare & in crimen falsi incidisse dicitur in *l.* 21. *de fals.* sed quoniam emtor secundus bona fide rem emit, etiamque ipsam a venditore, rei adhuc domino, accepit, *ex æquitate* solum quoad hunc *emtorem*, hic contractus sustinetur *d. l.* 15. cœterum si *secundus* hic emtor sciverit rem eandem alteri fuisse prius venditam, adeoq; cum venditore fraude participet, dabitur emtori priori *actio* in factum revocatoria utiliter, *V Gomez.* 2. *res.* 11. *n.* 20. *Mi... de emt. vend. tit. de nrt. emt. n.* 33. Ad 6. Vel negari potest antecedens, & nimirum

nimirum precium in pacto tali expressum fuerit, uti in *d. l. 2. C. de pact. int. emt. V. eleg. Pinell. ad l. 2. C. de resc. vend. p. 1. n. 22. 26. Zoanett. ad d. l. 2. C. de pact. int. emt. n. 74. & seqq.* vel etiam ipsa consequentia, quoniam fortioris rationis est, ut *venditor purus* qui statim tenetur, *emtionem perfectam* traditione præcise impleat, tametsi ille, qui tantum ad retrovendendum est obligatus emtionem imperfectam sic implere non cogeretur. Et hactenus de sententia negante.

Verum licet hæc ita in utramq; partem disputari soleant & possint, ego tamen *in affirmantem sententiam*, quod venditor præcise tradere teneatur, proclivior sum, & facile quisquis videbit ad rationes pro illa adductas satis responsum non fuisse, sanè hæc nostra opinio veritatem vel ideo vicinior videtur, quoniam non est indulgendum malitiis, neq; permittendum, ut qui ex conventione sua ad tradendum obligatus est, emtorem & ipsam obligationem eludere possit, *contra l. 1. C. quand. lic. ab emt. disc.* unde hanc quoque affirmativam rectissime *praxis* recepit, neq; in eo iam *Lex & Usus* inter se pugnant, prout malè existimat *Anton. Math. disp. 11 th. 1 de fund. jur.* & nunquid apertè iniquum est, si venditor tradendi facultatem habeat, sed præstare recuset, ex fraude illius, fidem conventionis adimplere nolentis, emtorem innocentem probationi difficillimæ *eius quod interest* adstringi? ita sanè ob eam difficultatem probationis sæpè redigeretur interesse ad exiguum quid. Quare Pragmatici rem præcise tradendam esse bene hinc concluserunt neq. emtorem tantis molestiis implicare voluerunt. Manet itaque notissima hæc inter obligationes *dandi & faciendi*, eaque verissima, differentia, scilicet in his tantum præstando interesse liberari debitorem posse, quoniam enim *ut jam ante diximus* fieri non poterat, ut judex facta pura & mere talia ab invito extorqueret, ipsa necessitas eò rem deduxit, ut interesse præstando satisfactum videri debeat, *d. l. 13. ibr Dd. de re jud. V. Bach in not. ad Tr d. l. p. 1053. in f.* in dandi autem obligationibus præcisa est in ipsa re certa & debita tàm condemnatio quam præstatio *l. 75. inf. de V. O* & hactenus obligatio venditoris ad *tradendum* cum obligat: ad *dandum* bene comparatur, quamvis tamen in hoc differant, nam qui obligatus ad dandum est, præcise etiam ad ipsius dominii translationem tenetur *d. l. 75. V. eleg. Bach ad Tr vol. 2. disp. 7. th. 4. lit c.* ita tamen non obligatur venditor, ut nimirum omnino faciat emtorem dominum *l. 25. §. 1. de contr. emt.* sed sufficiat, si præstet habere licere, *l. 30. in fin. de act. emt.* & ideò quamdiu emtor nemine turbante

bante aut evincente rem possidet, conqueri ipse non possit, nec agere contra venditorem, licet rem alienam venditam forte ostendere posset; quod longè secus est in obligat. quæ *de dando dici* consueverunt, *V. Bach. d. th. 4. lit.* C.

XXXV.

An venditor vacuam possessionem rei venditæ tradere emtori teneatur?

QUanti momenti sit hæc quæstio dici non potest, quoniam summum Juris principium attingit, nimirum quomodo traditionibus dominia rerum transferantur, quo falso posito, necesse erit multa falsa sequi; in hanc itaque nos inquiremus, & subnectitur ea præcedenti quæstioni congruè; Hoc autem in genere quæritur & disputatur *à Donell. 4. com. 19.* an dominium citrà traditionem veræ ac vacuæ possessionis in aliquem transferri possit, seu, an res ab alio quodam possessa, ita alicui tradi possit, ut dominium in accipientem transeat? quicquid vero Donellus & alii cum ipso contendant, traditionem domini nudam, & nudam accipientis prehensionem ad transferendum & acquirendum dominium sufficere, adeoque accipientem rei traditæ dominum fieri, etiamsi ille non adipiscatur simul possessionem, nos illis tamen non subscribimus: *Sed falsum principium hoc existimamus, traditionem cum effectu dominii absque possessionis vera ac vacua translatione fieri posse: solam & quamvis apprehensionem etiam clanculum, cum consensu tamen & voluntate venditoris factam ad acquirendum dominium sufficere, adeoque traditione dominium rei transferri simpliciter, & non præterea aliquid amplius ad hunc effectum requiri*: hæc falsa nos esse existimamus, & dicimus ad transferendum dominium requiri necessario ut res tradenda ab alio non possideatur, adeoque *possessione vacua ad hunc effectum* opus esse, quin imò nec dominii translationem contingere posse, nisi simul translata possessione, neque possessionem ad effectum acquirendi dominii vel transferri vel apprehendi aliter posse, nisi ea sit vacua: Quod ut Studiosi apertius intelligant.

PRIMO observare debent: *vacuam possessionem posse dupliciter accipi*; prout enim possessionis verbum dupliciter sumitur, *uno modo* pro detentione rei corporalis *l. 12. pr. l. 29. de acq. poss* quam Dd. nostri *asininam* vocant: *Altero verò* pro ea quæ vere est possessio, quam etiam ille, qui

procul

procul ab ipsa re abest, omnino retinet, *l.* 3. §. 7. *l.* 6. §. 1. *ff. eod.* sic quoque vacua possessio dupliciter accipitur, tum quod sit vacua ab omni *detentore* qui apprehensionem nostram corporalem alias impedire posset: tum quod vacua sit ab omni vero *possessore*, qui etsi quidem corporalem apprehensionem non impediat, aut quia forte peregre abierit, impedire nequeat, attamen propter ipsum dominii translatio impediretur: accuratissime itaque hic distinguendum erit, inter *nudam rei detentionem,* & *veram ejusdem possessionem*; quæ duo pessime confundunt *Donellus & ejus asseclæ.* Possessio *illa* quæ respectu nudæ detentionis sive alicujus tertii detentoris vacua non est, nihilominus potest rectissime tradi, & ex tali traditione dominum transferri, quomodo licet V. G. commodatarius, depositarius, &c. simplici jure usus rem alteri tradendam detineant, ea tamen ipsorum detentio impedire non potest, quominus res eadem alteri rectè tradatur & dominium ei acquiratur: sed possessio *hæc,* quæ vacua non est, respectu veri alicujus possessoris, qui nimirum in re vendita legitimum titulum possessionis vel juris habeat, ad affectum acquirendi dominii neque potest alteri tradi, neque ab eo apprehendi: Ratio differentiæ hæc est: quia *illo casu* possessio vera adhuc est penes ipsum dominum tradentem, bene itaque possessionem transferre poterit quam ipse habet, eamque accipiens bene apprehendere, cum ab omni alio vero possessore vacua sit, *hoc verò casu* quomodo quis possessionem transferet, quam alter habet, quomodo quis eandem apprehendet, quæ transferri nequit? hæc igitur sit *regula*: quoties ipsa vera possessio est penes tradentem, toties res tradi rectè & dominium transferri potest; seu quando possessio vacua est ab omni tertio vero possessore, tum & translatio & apprehensio ad affectum dominii bene fieri potest: quem ideo effectum nuda detentio penes alium existens impedire non potest: ad dominium itaque transferendum tali possessione vacua opus est: sed jam hic nobis argumentum *Hilligeri in not. ad Donell. d. c.* 19. *lit. C.* opponi posset, quod ipse construxit ex *l.* 2. §. 1. *de act. emt. juncto t. t. quæ in fraud. credit.* nimirum si creditores ex primo decreto in bona debitoris missi fuerint, & forte post immissionem ex bonis hisce in fraudem creditorum quædam debitor alienaverit, non impediri tamen dominii translationem, *dicto t. t.* jam vero hoc casu, cum creditores bona possideant, negatur esse vacua possessio, *d. l.* 2. § 1. quam ideo debitor fraudans tradere non potuit; quia tamen nihilomi-

nus rei venditæ traditione dominium transtulit, *argum. l. 14. d. t. quæ in fraud. cred.* inde sequitur ad dominium transferendum vacua possessione seu possessionis vacuæ traditione opus haud esse. Verum ad hoc argumentum refellendum ulterius.

SECUNDÒ, observandum est, vacuam possessionem dici vel *simpliciter* vel *secundum quid:* Possessio *simpliciter* vacua est, si & nullus alius rem venditam animo & affectione domini possideat & etiam nulla aliqua ratione ipsa res vendita sit affecta, puta non pignori hypothecæve obligata, non ex primo decreto à creditoribus detenta, &c. *d. l. 1. §. 2.* tametsi forte ab alio quodam, *uti anteà diximus*, nudo jure usus res isthæc detineatur, adhuc enim, non attentâ ejusmodi detentione, *simpliciter* vacua dicitur; quomodo bene Fr. *Mindan. de mat. poss. c. 7. n. 9.* possessionem vacuam definivit; quæ non solum ab aliis veris possessoribus, sed etiam iis, qui quoquo jure tenent, libera est & vacat: ut tamen hic nondum comprehendantur qui simplici jure *usus* rem detinent, hi enim cum non nisi nude rem detineant, manet adhuc res *libera*: cæterum ob jus pignoris vel creditoris res dicitur *affecta*, adeoq; qui tali jure rem detinent in certis casibus non solum detinendi, sed quoque jus distrahendi habent, unde non *nudè detinere* sed *possidere* dicuntur in *d. l. 2. §. 1. & alibi*: horumq; *possessio* suo modo certoq; respectu *vera* quoq; est, veluti creditoris, *arg. l. 37. de pign. act. l. 22. §. si prædo. ff eod. l. 22. §. 1. de noxal. act. de quo dicemus in paric. seqq.* vacua autem *secundum quid* est, quandoquidem nullus alius rei veram possessionem, *hoc est*, cum animo & affectione dominii conjunctam (quæ est propriissima nota veræ possessionis) habet; sed tamen aliquis jus in illa re habeat, cujusmodi sanè habent creditores; atq; hoc respectu *vacua* esse negatur in *d. l. 2 §. 1.* qui textus ita non obstat nostræ supra positæ *regulæ*; nam cum creditores ex *primo decreto* in bona immissi, bona quidem pro *securitate debiti* possideant, sed citrà tamen *animum & affectionem domini*, horum possessio ideò non potest impedire dominii translationem, quippe cum ipse debitor verus rei possessor maneat, animumque dominii sibi reservet, *arg. l. 13. 16. 33. § 4. de usucap in quibus respectu usucapionis rem debitor possidere dicitur*: utique etiam possessionem, quam habet, adeoque cum ipsa dominium, quod & habet, transferre poterit, hancque possessionem sic apprehendere licebit, ut *salvo tamen jure creditorum* dominus quis effici possit. Sed quoniam ita accipienti planè non consulitur, quid enim si credito-

creditores morante debitore *secundum decretum* petierint ac impetraverint, adeoque rem seu bona in quæ immissi distrahere, aut eadem tanquam in fraudem ipsorum à debitore alienata revocare voluerint? *V. t. t. quæ in fraud. cred.* icicircò possessio ejus rei, quam creditores possident, non habetur pro vacua, *d. l.* 2. §. 1. vacua quidem suo modo & *secundum quid* ejus rei est possessio, nimirum ab omni vero possessore, qui animum dominii vel rem sibi habendi, habeat, vacua, adeoque ejus rei dominium per traditionem vacuæ hujus possessionis transferri potest, *arg. suprà citata l.* 14 *quæ in fraud. cred.* sufficit enim hoc respectu ad effectum transferendi dominii possessionem esse vacuam: sed tamen cum creditores istam rem decreto Magistratus detineant, adeoque jus aliquod in illa re habeant, inde non habetur pro vacua; nec tamen hinc inferre licet: *quia non habetur pro vacua, ideò ea res ad effectum dominii tradi nequit*, neque enim à dicto secundum quid ad dictum simpliciter valet conseq: & jam ante diximus, hunc effectum tantum impediri per *possessionem veram & perfectam* qua quis rem affectione domini pro sua teneat, non etiam illam qua quis eandem jure creditoris vel pignoris citra hanc affectionem detineat: possessio itaq; quæ respectu omnis alterius veri possessoris vacua non erit, neque transferri neque ad effectum dominii apprehendi poterit; sed tamen si à possessore tali vacua fuerit, licet interim ipsa res *affecta* sit adeoque juris istius pignoris vel creditoris respectu detineatur, & tradi, & transferri ejus dominium poterit, *sicuti jam ante diximus*: Et ut apertius intelligatur quare res negetur vacua in *d. l.* 2. §. 1. *de act. emt.*

Tertiò observandum est, duplicem traditionis vacuæ possessionis effectum esse posse, *vel* enim venditor per talem traditionem rei venditæ potest omninò satisfacere obligationi suæ, ut non amplius postmodum teneatur; *vel* per eam in emtorem solum transferre vel dominium vel usucapiendi conditionem, juxta *l.* 11. §. 2. *de act. emt. l.* 25. §. 5. *de contr. emt.* de utroque hujus traditionis effectu nostra quæstio potest intelligi; de *priori* quæstionem si intelligas, venditor rem talem tradendo non intelligitur omninò satisfecisse obligationi suæ, nisi rei traditæ possessio *simpliciter* sit vacua, *hoc est*, ab omni verò possessore libera, & res etiam non affecta, *hoc est*, in qua quis jus aliquod habeat, quoniam igitur venditoris obligatio exigit, ut rem ita præstet ut alteri nulla detentio & jus aliud in re sit; jam verò in casu *d. l.* 2. §. 1. creditores in

posseßionem missi, resve pignoris nexu obligata sit, ideò talis res hactenus non habetur pro vacua, *d. l.* 1. §. 1. nimirum ut venditor debitor ejus posseßionem transferendo, obligationi plene satisfacere intelligatur, potest interim res talis ad effectum dominii tradi, utpote cujus posseßio respectu veri posseßoris vacua est *de posteriori* si intelligas, sufficit rei tradendæ posseßionem *secundum quid* esse vacuam, hoc est, etiamsi res *affecta* sit & à creditoribus forte poßideatur, quia tamen venditor plenam veramque posseßionem retinet, & posseßio respectu alterius veri possessoris vacua est, consequenter etiam facultatem, aut conditionem usucapiendi aut dominium transferendi habet: jam enim ante diximus, creditores hosce certo quidem modo & aliis respectibus rei venditæ possessionem habere, interim debitorem animo dominii rem eam sibi habere & possidere, unde & respectu usucapionis rem possidere dicitur, *in cit. LL.* 13. 16. 33. §. 4. *de usucap.* itaque effectum hunc posteriorem tradendo rem, licet *affectam*, ab alio verò possessore tamen *liberam*, venditor consequi potest: ut nondum interim ipse, quoniam *rem affectam* tradidit, plenè obligationi satisfecisse intelligi debeat. His præmissis jam patere existimo, si venditor veram possessionem non habeat, quod tunc etiam dominium in emtorem transferre non possit, & sic necessariò ad transferendum dominium requiri vacuæ possessionis traditionem; Si itaque Titius mihi fundum suum vendiderit (ut hoc eodem exemplo cum *Donello d. lo.* utamur, nam tria exempla quæ *ex antiquis interpp.* refert *Contius* 1. *disput. ICiv* 8. tam ridicula sunt, ut illorum inscitiam ultro prodant) qui à Sempronio bona fide possidetur, eundemque dum forte Sempronius peregrè abfuit, Titius dominus mihi tradiderit, adeò ut nemine prohibente fundum fuerim ingressus, tali in casu licet *Donellus d lo.* dominium mihi acquiri, existimet, nos tamen ipsum errare audenter asserimus; & quamvis in proposito casu ob Sempronii absentiam nemo me ingredi fundum prohibuerit, sicque *vacua videatur* fuisse *possesio*, nobis tamen ad affectum dominii acquirendi non satis est, vacuam esse eam *à quovis detentore* qui ingressum impedire, nosque ejicere de facto possit, sed vacuam esse ab omni *verò possessore* oportet, quomodo cum in dicto exemplo vacua non fuerit, in *tali casu* & *omnibus similibus* dominium per ejusmodi ingressum clandestinum & apprehensionem subreptitiam non acquiri neque transferri tribus argumentis demonstrabimus.

1. Si

11. Si in proposito exemplo & hisce similibus in emtorem per actum illum subreptitium, dominium esset translatum, evidentissime sequeretur, duos unam eandamq; rem in solidum possidere & acquirere posse: Consequens est absurdum, *l. 3. §. 5. de acquir. poss.* Ergo & absurda *Donelli* sententia. Ponit enim *Donell.* in *d. exemplo*, venditum fundum ab alio *bona fide* possideri, ille igitur cum hoc facto & ingressu clandestino non amittat possessionem *l. 6. §. 1. de acquir. possess.* adeoq; rem possessam usucapere pergat, sic tempore usucapionis adimpleto, dominus fiet; & tamen ex sententia Donelli quoque ejusdam rei dominium jam esse debet translatum; atq; ita posteà duo in solidum rem eandem possiderent: absurdum! potius igitur hoc casu hujus bf. possessoris possessio atque præscriptio via juris interrumpenda erit, quod fiet per cessionem & intentationem actionum de quibus in *L. 35. §. 4. de contr. emt. l. 31. de act. emt.*

2. Constat ex *t. t. ff. & C. pro emtore*: rem emtam traditam usucapi posse & etiam debere, *arg. l. 56. §. 3. l. 54. pr. de evict.* scilicet quo casu ea à *non domino* venditore tradita fuerit, atq; ab emtore bfide accepta, sed nulla potest esse sine possessione usucapio. *l. 25. de usucap.* Et ergo tenetur venditor in emtorem transferre possessionem. Unde sic argumentor: qualis possessio ad usucapionem requiritur, talis à venditore debet tradi: sed requiritur civilis & legitima possessio: *quod nemo negat*: Quare ut etiam hæc vacua sit ab omni vero possessore scilicet animo domini possidente, non solo corpore rem detinente, hinc omnino sequitur, sine possessione siquidem *civili & vacua* usucapio procedere nullo modo potest, aut aliàs in materia usucapionis duo in solidum possidere possent, id est pariter legitimè, vel civiliter, hoc est, animo domini, contrà *d. l. 3. §. 5. de acq poss l. 5. in f. commod.* Unde ulterius sic argumentari potest: uti *non dominus* venditor ad usucapiendi conditionem tenetur possessionem vacuam tradere, sic quoq; *dominus venditor* ad dominii translationem, *arg. §. 5. in fin. I. per quas pers. cuiq; acq.* ubi dicitur traditionem possessionis à *domino* factam operari in persona emtoris dominium, factam à *non domino* parere usucapionem. Sanè etiam ipsum *dominum* venditorem sic teneri.

3. Hinc ostendi potest, quoniam ipse æquè tenetur præcise rem tradere *V. quæst. acad. proximè præced.* tradere vero fundum venditum hic nihil aliud est, quàm transferre possessionem, *l. 28. de V. O. ibi Gotofr. vide quæ de significatu verbi, tradere: diximus in d. q. acad. præc.* & hanc itaque ipse etiam transferre tenebitur, ast quomodo non vacuam possessionem transferet,

set, quamq; ipse non habeat, sed alius? Putat *Donellus* posse eam nihilominus tradi, cum ab omni detentore vacua sit, & possessionem tali modo vacuam, ut nemo sit qui apprehensionem ejus prohibeat, ad transferendum dominium sufficere, sed hoc erroneum est, *sicuti antè diximus*, & ferè principium ita petitur, hoc quippe quæri intelligitur, cum utiq; aliquo modo vacua possessio tradenda sit, an ergò sufficiat eam à quovis alio detentore vacuam esse, vel an ab omni vero possessore vacua esse debeat? & hoc posterius nos tuemur, quod etiam solide adstruximus. Cœterum *Donelli* dissentientis argumenta videbis accuratè refutata apud *Bach ad Tr. vol. 2. disp. 10 th. 4 lit d.* non igitur hodie quis facilè illi, nisi qui *vacuum* ab eruditione *caput* habuerit, subscribet.

XXXVI.

An & quatenus à contractu Emtionis venditionis, propter arras datas resilire liceat?

ET hanc quæstionem præcedentibus congruenter subiicimus, utpote cum ex istis partim definiri queat: eam vero ut rectius intelligamus, casus aliquot distinguemus, est enim frequens & quotidiana. Hoc autem constat, in contractu emtionis-venditionis *arras* necessario non requiri, *Per l. quod sæpè 35. in pr. de contr. emt.* ut nec etiam ipsam *scripturam Per l. 17 C. de pact. V. Gomez. 2. var. res. 2. n. 17. & 18.* possunt tamen contrahentes & arras dare, & hunc contractum in scriptis celebrare *pr. I. de emt. l. 17. C. de fid. instr.* verum si *arræ datæ* fuerint, solet dubitari an adhuc à tali contractu partibus impune recedere liceat, an cum arrarum datarum amissione? Hic distinctè procedendum est, vel enim loquimur de emt. venditionis contractu jam *perfecto* seu *celebrato, aut de eodem adhuc faciendo seu celebrando*, seu loquimur in terminis emtionis vendit. *contracta*, seu in terminis *contrahenda*: si loquamur *de nondum perfecto contractu & in nudo tractatu subsistente*, & hoc casu arras datas ponamus, V. G. si partes super certa aliqua re emenda-vendenda *pactum aut stipulationem* interposuerint, eoque nomine arras dederint, tunc arras datas utique amittet aut acceptas in duplum reddet, cujus culpa contractus emt. venditionis postea non subsequitur & adimpletur: de quo casu intelligi debet *L. 16. §. illud. C. de fid. instrum. ibi. super facienda emtione. vendere pollicitus est emere pactus est*: Nec hunc intellectum verba *in d. § illud. ibi, ab emtione recedens*; impediunt, debent

bent siquidem juxta verba præcedentia accipi de emtione *facienda, pacta & promissa*, non autem possunt de contracta intelligi, cum nimis clare in *d. §. de contrahenda emtione* agatur: pactus igitur de emendo vendendo, arris datis liberè & impunè non pœnitebit, poterit quidem pacto contravenire & contractum non implere, sed ideo amissione arrarum punietur, atque hoc eodem de casu intelligenda sunt verba *prin. l de emt. in fin. ibi, is qui recusat adimplere contractum*: cur verò tali casu ad contractum implendum partes præcise non teneantur, est hæc ratio, quod adhuc in terminis contractus perficiendi & ita *imperfecti*, à quo recedere liceat, versentur, quia tamen arræ intervenerunt, non nisi sub earum dispendio eum implere recusabunt, videtur quippe arris intervenientibus hoc tacitè inter partes conveniri, ut qui vult eas perdere vel duplicatas reddere possit recedere à pacto seu promissione sua de emendo vendendo, propterea enim dantur arræ, ut cōtractus emtionis vend: subsequatur, proindè intelligitur dans arras, *tacitè se obligare* sub earum amissione ad contractum emtionis celebrandum; quod ergò si contrà fidem conventionis recusaverit, non injuriâ punitur. *d. L. 17. §. illud. d. pr. vers. is qui recusat*: atq; in hisce terminis emtionis *contrahendæ* si loquamur, non distinguitur, sive in scriptis sive sine scriptis de emtione *celebranda* partes convenerint, ut iccirco quisquis pacto seu stipulationi, super emtionis venditæ contractu, quocunque etiam modo, *sive in sive sine scriptis*, celebrando, interpositæ satisfacere detrectaverit, ille semper amissione arrarum datarum puniri debeat; *per d. L. 17. § illud & d. prin. vers. is qui recusat*: si recusset qui erat emturus, datas arrhas amittet, sin venditurus, acceptas in duplo restituet: *dd. textibus*. Ergonè dispar emtoris & venditoris conditio sive pœna? non est quia venditor de suo dat tandundem, alterum verò non dat, sed reddit, ut sic utriusq; pœna simpli sit. *d. L. 17. § illud. & ibi Gotofr.* ubi itaque partes in terminis nudæ tractationi versantur & sibi invicem de *contrahenda* emtione promittunt, posteà quidem alteruter invito altero contractum, sed tamen sub prædictâ pœnâ, recusare poterit; Verum possunt hic duo maximè opponi, 1. Si in tali casu arrarum datarum damno partes puniri debent, fieri facilè poterit ut alterutri V. G. emturo injuria inferatur, & hic sine culpa arram amittat, nimirum si posteà venditor malitiosus, ut arras acceptas lucretur, nimis magno rem æstimet, sicq; emtorem ab emendo deterreat; sed respondetur hoc casu emtori succurri posse *replicatione doli*, quod per malitiam & dolosè rem

venalem

venalem longè supra justum precium laudet, unde *judicis implorato officio* arras emptor repetet. *juxta glossam ad pr. inst. de emt. vendit.* seu magis *condictione ex Lege* quæ scilicet hanc obligationem, de qua anteà diximus, introduxit per *d. L. 17. C. de fid. instr. & ibi. Dd. præcipuè Salicet: quem videas.*

1. Arræ sunt argumentum emtionis & venditionis *contractæ*: inquit Justin: *in d. pr. J. de emt* Ergo arrhæ in casu emtionis *contrahendæ* non dantur, ac consequenter, an quis eas nondum perfecto contractu amittere debeat, frustrà dubitatur: Respondeo quod ibi Justin. de arris dicit, hoc non perpetuum & universale esse, *arg d. L. 17. § illud.* qui §. manifestò ait arras etiam posse super *facienda* emtione dari, datasq; amitti, Et ergo possunt etiam arrhæ dari nondum perfecta venditione, & tunc sunt argumentum venditionis *contrahendæ*, non *contractæ*, & in signum factæ conventionis *ac vendendo* datæ, *V. Ant. Fabr. 45. dec err. prag. 8. in fin.* ut ita arrhæ sint argumentum venditionis *perfectæ* vel *perficiendæ. L. 35. in pr. de contrah. emt. & ibi Cuiac.*

Et hæc de contractu emt. venditionis *celebrando*, deq; *pacto* aut *stipulatione* eo nomine interpositâ: quod si nunc in terminis contractus *perfecti* & venditionis *celebratæ* loquamur, diligenter distinguere oportet, an *sine scriptura* à partibus celebrata sit venditio, nimirum nudo & simplici partium consensu; *V. Gomez. d. 2. resol. 2. n. 1.* an ut *in scripturam* redigeretur partibus placuerit, & hoc ubi actum dictumq; est, contractus nihilominus in natura sua & ex jure *gentium*, quoad nudum partium consensum *L. 1. inf. de contr. emt. L. 2. de V. O.* consideratus, *perfectus* dici potest, & venditio *contracta*, licet perfectionem illam *scripturæ accidentalem* & merè *Civilem* nondum acceperit: neq, enim *simpliciter* ad formale hujus contractus, *scriptura* pertinet, *ut in pr. quæst.* monuimus, sed *ex voluntate* partium, unde si dicant & velint scripturam fieri, priusquam ea compleatur & mundetur, Lex civilis hunc contractum licet *in se* perfectum, non tamen pro tali ad juris effectum haberi voluit *per. d. L. 17. C. de fid. instrum.* & ergò ubi utrobiq; arræ intervenerunt, hinc quæritur 1. Si solo & simplici consensu, citra *scripturæ* mentionem & ita purè *sine scriptis* partes contractum hunc inierint atq; celebraverint, an à tali contractu *omni numero perfecto*, sub amissione arrarum datarum alterutro invito discedere liceat? Equidem *Tr. vol. 1. disp. 28. th 8.* cum *Sichardo* à se allegato ita statuit, prout etiam *Gomez d. c. 2. n. 18. Fachin. 2. contr. 28.* sed eos & omnes alios hic errare putamus, cum *Oldend. progymn.*

Gymn. cl. 4. act. 2, Wesenb. in π. de contrah. emt. n. 9 Bachov. ad Tr. d. lo. Est hæc nostra ratio. 1. Contractus perfecti necessitate adstringunt contrahentes regulariter, *vide l. sicut. C. de O. & A. pr. l. de obligat.* ab hac itaq; regula exceptio ista: *nimirum ubi arræ intervenerunt, etiam à contractu perfecto, etiam alterutro invito, discedere licere:* disertis verbis alicujus textus probanda erit: istam verò dissentientes ex *d. l. 17. §. illud. d. pr. inst. de emt. in fin.* sufficienter probare non possunt; quoniam, uti anteà ostendimus, in istis locis loquitur Imperator de contractu imperfecto, adeoq; de casu *contrahendæ* emtionis, non *contractæ*, *V. eleg. Wesenb d. n. 9.* quod verò *Donellus.* nobiscum aliàs sentiens *in comm. Cod. ad d. l. 17.* respondet, quod in *dd. textibus* dicatur arrhis amissis vel duplicatis redditis recedi posse, id ita licere, si tamen *alter non refragetur*, sed eâ conditione permittat; nos hoc ut minus probabile relinquimus. Verum ita nondum *dd. textibus* & maximè *d. princ.* satisfactum videtur, *tum* quod in illis etiam de contractu *perfecto* & *sine scriptis* celebrato agatur, illeq; quoad arrharum amissionem cum eo qui fit *per scripturam* conjungatur; *tum* quod verba in *d. princ. ibi: venditio celebrata est*: huic responsioni accommodari nequeant: Et licet hinc alii *Triboniani* negligentiam incusent, quasi obscurius locutus sit, *V. Ant. Fabr. de err. 8. in fin.* alii ejusdem incuriam arguant, quo parum cautè, cum initio de contractu in scriptis faciendo egisset, posteà copulari contractum sine scriptis, *V. Bach. ad Tr. d. lo. princ.* 1080. *in m.* nos interim dicemus, dictum *princ. instit. de emt.* ex *d. l. 17.* desumtum & inde explicandum esse, prout igitur in *d. l. 17. §. illud. ibi. verba: ab emtione recedens:* idest: emtione *facienda* seu *pactâ*; interpretamur optimè, sicuti *in pr. quæst.* diximus, ita quoq; verba *in d. princ. ibi: venditio celebrata*: id est *pactâ*, interpretari possumus: *argumento ibidem vers. donec aliquid deest; item: is qui recusat adimplere: V. eleg. Vmm. in proc. disput. 11. coroll. in fin.* vel aliàs si illa verba in suo proprio significatu præcisè assumenda dixeris, ex iis etiam inferri posset, à venditione *in scriptis* celebrata ac perfecta sub sola amissione arrharum, alterutro invito discedi posse, quod tamen nemo facilè dixerit, nisi qui ita fere contractus tam ex post facto quam initio voluntatis facere velit, contrà *d. l. sicut. C. de O. & A.* & cum in *d. princ.* comparentur venditio facta *sine scriptis* & *in scriptis*, proportionata esse debet ea comparatio, scilicet tali modo, ut in emtione in scriptis faciendâ amissurus arrhas recedere potest, sic etiam in emtione sine scriptis sed quæ *concepta* quidem sit, ast non *perfecta*, ex-

empla videbis apud *Wesenb. d. lo. num. 9. in m. Hillig. ad D. E. 13 cap. 1. lit. Z. in fin.* Sanè pro nobis benè notandum est, quod *Tribon. in d. princ.* apertè dicat, nihil se in venditione *sine scriptis* innovasse: quare eam reliquit sub dispositione juris veteris: sed hoc jure ab emtione *contract. & perfectâ*, alterâ parte in vitâ, planè recedere non licuit; *d. l. sicut.* Ergò nec hodie, & per conseq: dicta verba: *venditio celebrata*: non ita durè & crudè à *dissentientibus* accipienda erant. Nostra ratio. 2. hæc est, quod arræ dentur ut eò minus, non ut eò magis recedere liceat à contractu, *l. 35. in pr. de contr. emt.* jam vero secundum *dissentientes* potius infirmandæ emtionis, quam confirmandæ ejus gratia, arræ datæ videbuntur; absurdè igitur illi quod ad contractus hujus confirmationem comparatum est, hoc ad ejusdem infirmationem convertunt. Est hæc ratio. 3. Quis sicuti duplo precio oblato, emtor tamen recedere ab emtione non cogitur, *l. 6. C. de rescind. vend.* ita nec duplicatis arrhis restitutis; ratio conseq: quia utrobique & semper ipsa res præstanda est, *per quæst. acad. praced.* 34. sicut igitur venditor offerendo interesse non liberatur, ita neque arrhas duplicatas restituendo liberari poterit: vel si liberari hoc modo posset, ita sanè eluderetur *d. quæst.* 34. effectus, qui est, rem venditam præcisè tradendam esse; quippe hanc tradendi necessitatem sub arrharum duplicatione venditor levi negocio effugiet, & tantò libentius, quod arrhæ plerunq; vel in re vel quantitate exigua dentur, quibus itaque duplicatis redditis, contractum perfectum & fortè super re preciosa & magni valoris *celebratum*, quemq; servari quam plurimum emtoris intersit, irritari posse, absurdum foret dicere & existimare. Etsi in casu *emtionis perfectæ* ubi arræ non intervenerunt non licet recedere tametsi duplum offeratur, *d. l. 6.* quantò minus licebit in casu nostro quo arrhæ datæ sunt & emtio perfecta est? *vide rat. praced.* 2. Et ergò concludimus ab emtione-venditione *absq; scriptura* interventu contractâ, ne quidem cum dispendio arrharum recedere licere. *Ad dissentientium* fundamentum *ex d. L. 17. §. illud. & d. pr. I. de emt.* petitum, jam antè respondimus: nunc etiam hoc, quod antiquiores & maximè *Salycet. ad d. l. 17. n. 14.* urgent, refellendum: cum est constitutione Justin. *dicta l. 17.* arrharum dationis hic sit effectus, ut qui à contractu recedere velit, arrhas amittere debeat: *d. l. 17. in f.* inde sequitur ut arrhis datis & acceptis, hoc inter contrahentes intelligatur *tacitè* conventum fuisse, ut quis velit eas perdere vel duplicatas reddere, possit à contractu recedere: atque

que

quæ hinc etiam responderi poterit ad *præc. rat.* 3. nimirum arrharum dationem hoc casu operari, ut sub earum damno recedere liceat, quæ igitur ubi non intervenerunt, ibi præcisè præstanda res erit, *juxta d. q. acad. praced.* 34. Sed advertendum est, nos hic loqui de contractu *perfecto* & venditione *celebrata*: quoad contractum *imperfectum* & emtionem *celebrandam* subest quidem *tacitum* hoc pactum, & arris datis intelligitur V. G. qui arras dat *tacitè* se obligare, quod contrahere, & si non contraxerit, arras amittere velit, in quibus terminis loquitur *d. l.* 17. §. *illud.* sicuti *in princ. hujus quæst.* ostendimus; non ita etiam quoad contractum *perfectum*, nam hic arræ ad firmandum & probandum contractum dari solent, & sunt argumentum venditionis *contractæ*; ibi verò ob contrahendum, & promissionem de emendo-vendendo servandam, & sunt argumentum venditionis *contrahendæ*: Unde ex intentione contrahentium de effectu dationis arrarum, judicari debet, cum hic pro diversitate actus diversus quoque sit, & arræ contractum perfectum firment, imperfectum autem fieri impellant: non debet itaq; earum datio præter contrahentium intentionem, alium & contrarium operari effectum.

Et hæc de contractu *sine scriptis* arrhâ datâ: sed si interveniente arrhâ ita emtio venditio contracta sit ut *in scripturam* redigatur, hinc quæritur. 2. an priusquam scriptura compleatur, vel *omninò liberè*, vel *saltem sub* arrarum datarum periculo pœnitere liceat? Novissimè quidem tentavit *Vmm: d. lo. in coroll.* in hoc casu liberæ pœnitentiæ locum esse, tum quod in *d. l.* 17. *in pr. C. de fid. instrum.* libera pœnitentiæ, si emtio venditio contracta in scripturam redigenda sit, concedatur; tum etiam quod in *d. princ. l. de emt.* sine pœna ab ejusmodi emtione vendit: recedere licere, dicatur: Tentavit, sed forte frustra. Communi & veriori sententiæ nos subscribimus, & non nisi cum arrarum datarum periculo pœnitere, adeoq; pœnitentem non impunè recedere posse, dicimus; ex hac solida ratione: quoniam punitur qui de *faciendâ* emtione seu de aliqua *re emenda vendenda* alteri promisit, & tamen postea contrahere recusat, *uti ostendimus in pr. hujus qu.* Ergò etiam puniendus, qui ab emtione venditione *contractâ* sed in scripturam adhuc *redigenda* recedit. Diversitatis rationem hic nullam videmus, siquidem utroq; casu in terminis contractus *imperfecti* loquimur, ut utrobiq; jus idem esse oporteat: *ibi* quidem pactum seu stipulatio interposita *perfecta* est, sed & *hic* emtio venditio *contracta* est & ratione *essentialiū* in natura sua *perfecta* est, *uti anteà diximus*: verū sicuti *ibi* pactum

est super aliqua certa re *emenda - vendenda* interpositum, ita quoque & *hic* emtio venditio sub conditione de ea in scripturam *redigenda* contracta, ut pariter utrobique contractus emtionis vendit: habeatur adhuc pro *imperfecto*, Et si ideò *isto casu* damno arrharum postea contrahere nolens punitur, quod stipulatio seu pactum ejus fuerit perfectum, in conventionibus autem perfectis liberè pœnitere non liceat: *per text. supra citat.* quomodo non etiam *hoc casu* eodem damno ante scripturam completam resilire volens puniendus, quod & hujus contractus in se fuerit perfectus, tametsi perfectionem illam accidentalem nondum acceperit? Hinc sanè absurdum videtur puniri de contrahendo in futurum promittentem, & liberum pronunciare ab ipso præsenti contractu resilientem. Ne obstat *d. princ. l. de emt. vers. donec enim aliquid*: quoniam ibi statim *vers. seq.* additur, ita tamen impunè recedere concedi, nisi jam arrhæ datæ fuerint, quæ ergo ubi non datæ, ibi sine pœna recedi potest, ubi vero datæ ibi cum damno earum recedere licet: quomodo bene *Bachov. ad Tr. d. lo. ex d. pr.* hanc *propositionem* extruxit: Quo casu, si arrhæ datæ non fuerint, impunè recedere licet, eodem, si datæ fuerint, cum damno earum recedere licebit: *d. vers. donec enim aliquid: cum vers seq. ita tamen*: sed in casu solius contractus *imperfecti* arrhis non datis recedere impunè licet: Ergò etiam non nisi in solo imperfecto contractu cum damno arrharum recedere licebit: ut hoc argumentum fortiter stringat contra eos in *prima quæst.* qui etiam à perfecto contractu *sine scriptis* cum arrharum damno recedere licere dicunt. Neque obstat, *d. l. 17 pr. C. de fid. instr.* quoniam hoc quod ibi, dicitur, antequam scriptura mundetur, subscribatur, compleaturve, ex inito contractu non licere partibus aliquod jus sibi vindicare sic intelligi debet, quod non liceat exinde ex emto agere, aut ad præstandam rem venditam, aut ad id quod nostrum interest, &c. & quod ibidem additur, neque teneri partes contractum perficere, id ita accipiendum, quasi ex ejusmodi contractu non tradenda res sit; nam cum contractus alias *in se* perfectus esset, adeoq; ex eo, sicuti ex contractu sine scriptis perfecto, ad traditionem rei agi posse videretur: ideò aliud à *Iustin.* hic disponi debuit. Sanè de libera pœnitentia etiam arrharum datarum respectu in *d. l. 17. pr.* verbum nonnull: emtore pœnitente non potest cogi venditor ut accepto precio tradat rem, sicq; contractum perficiat, tanto minus ut arrhas datas restituat, &c. Sed plus satis, manu serendum est, non toto sacco.

An qui

XXXVII.

An qui mandat tantum vulnerari, sequuto homicidio, teneatur etiam de occiso?

HAc de re olim magnam fuisse controversiam inter Scribentes, *ait Clarus in §. fin. p. 89. n. 1.* de qua nec hodie inter *Magistros nostros* convenire potuit: teste *Farin de consult. & mandat. q.* 135. *n.* 168. *& seqq.* Est namq; omnino in utramq; partem hæc disputabilis quæstio. Mandatorem hunc de occiso, adeoq; Lege Corneliâ non teneri, gravissimi auctores existimant, quos recenset tibi *Farin. d. q. & n.* nos succinctè & ordine pro ipsis argumenta aliquot recensebimus. 1. Qui verum animum occidendi habet, & directò jubet mortem, Lege Corneliâ ordinariâ tenetur. *L. 1. in prin ibi: cujusvè dolo malo: ibi hominis occidendi causa:* & in *§. 3. ibi: si non occidendi animo: ad L. corn de sicar.* Sed qui mandat vulnerari, directò mortem non jussit &c. *uti constat.* 2. Non exitus, sed principium perpetrandi delictum introspiciendum est. *L. 14. ff. eod.* sed principium ex animo æstimamus, qui in mandante fuit ut vulneraretur, non occideretur homo. *uti ex rubrica constat* 3. Qui fines mandati excedit, aliud quid facere videtur. *per L. 5. ff. mand.* Ergo hoc mandanti imputari non debet. *per L. 40. ff. eod.* 4. Causa faciendi, non factum, inspici debet. *per. L. 39. de furt.* causa autem faciendi mandati fuit vulnerari, non occidere, 5. Ob latam culpam pœnâ Legis Corneliæ ordinariâ nemo afficitur. *L. 7. de sicar.* sed mandans hoc in casu respectu ipsius homicidij in latissima quadam culpa, sed non in dolo est; hoc enim quod cogitare debuisset, ex vulnere mortem sequi posse, non tam dolo, quam culpæ adscribendum videtur. 6. Etsi malo quidem exemplo mandatum ad vulnerandum datum sit, ex quo vulneratus decesserit; attamen ideò mandans saltem extraordinem cöercebitur. *arg. L. 3. §. 1. vers. sed ex Senatusc. de sicar.* 7. Facit *c. fin. de homicid. in 6.* ubi dicitur Mandantem effici irregularem: pœna verò irregularitatis morti adæquata esse non potest; Et ergò durum nimis, mandantem Legi Corneliæ subjicere, eademq; pœna cum mandatario plectere; vel maximè, cum etiam qui tantum *verberari* mandavit, efficiatur irregularis. *in d. c. fin.* hoc verò in casu quis non dixerit mandatarium fines mandati excedentem durius puniendum esse? 8. Facit etiam *L. 11. §. 3. ad L. aquil.* ubi vulnerans, si alius postea occidat, non tenetur quasi occide-

 ris,

rit, sed tantum quasi vulneraverit: sic etiam vulnerari mandans, si mandatarius postea occidat, quasi vulneraverit tantum tenebitur: nam mandans hebetur ac si ipse vulneraverit *arg. c. qui facit per alium, est perinde ac si faciat per se ipsum. de reg. jur. in 6.* mandatarius autem occidens est quasi alius postea superveniens. *arg. L. 5. ff. mandati.*

Ad hæc argumenta brevissimè pro illis, qui in hoc casu mandanti & mandatario eandem pœnam dictant, responderi potest: Et quidem ad 1. etiam pœna L. Corn. teneri eum qui per *indirectum* jubendo occidit. *arg. L. 38. §. 5. de pæn.* quique *mediatè* causam mortis præbet. *arg. L. 15. de sicar.* & quidam qui verum animum occidendi non habuit, tamen summo supplicio potest affici. *d. L. 38. §. 5. L. 6. C. de vi publ. vel priv.* Ad 2. posse etiam esse ut fuerit *mens dissona verbis*, & ex malo sequuto effectu dolum præsumi, dicit *Menoch. 5. præs. 3. n. 99.* quin magis ex fine malo & in factis illicitis animum præsumi dolosum, docet *L. 1. C. de sicar. L. 5. C. de iniur.* & omne malè factum pravè præsumitur actum. *c. 1. de præsumt.* Ad. 3. non fuisse in potestate mandatarij fines mandati custodire, eoq; quæ ex mandato sequuta sunt, omnia mandanti esse imputanda. Ad 4. posse etiam exinde ipsum *mandatarium* excusari, siquidem causam sive animum vulnerandi, non occidendi, habuerit, sicuti & qui meretricis domum apertā relinquit, animum libidinem explendi non furandi, habeat. *d. L. 39.* debebat tamen *mandans*, ex vulneratione quem posse mori, timere, adeoq; nec hanc mandare, sed libidinosus apertis ostiis fures statim ad futuros cogitare non potuit. *d. L. 39.* ob amoris scilicet furorem, quo nihil est vehementius. *N. 74. c. 4.* Ad 5. esse mandantem in dolo *præsumptivè*, quod rei illicitæ operam dederit: *vide resp. ad arg. 2.* & etsi in dolo non esset, tamen quia mali exempli mandatum ejus est, summo supplicio adficiendus erit. *d. l. 38. §. 5. de pæn.* Potest igitur aliquis ob rem mali exempli *pœnā Legis Cornelia*, hoc est, ultimo supplicio, puniri, licet non *ex Lege Corn:* de sicariis latā: nam isthæc Lex Corn: capitis supplicio ob animum dolosum punit. *d. L. 7. de sicar.* ob rem itaque mali exempli, quidam qui non est in dolo eâdem puniri potest pœnâ, quâ Lex Cornelia punit eum qui verè in dolo est, ut proindè errent, qui ex *d. l. 38. §. 5.* exceptionem seu fallentiam ad *d. l. 7.* dare volunt. *Regula* est: latam culpam dolo exæquari. *V. quæst. acad. præced. 26. in pr.* sed in criminalibus capitalibus latam culpam pro dolo non haberi, hæc *exceptio* est. *d. L. 7. d. quæst. acad. 26.* unde Lex Corn. solum

dolum punit gladio: Quidam tamen etsi dolum non habeat, capite punitur. *d. l.* 38. §. 5. sed an ideo quod in culpa? an verò potius, quod malo exemplo sit? posterius sic est: *per. d. L.* 38. §. 5. quomodo apparet ex *d. L.* 38. §. 5. nec ad superiorem regulam, nec ad hujus regulæ exceptionem, posse quandam notari fallentiam. Ad. 6. videre poteris *Toloz. in syntag. lib.* 34. *c.* 12. *n.* 9. in casu *d. l.* 3. § 2. non quidem malo animo, sed malo exemplo medicamentum ad conceptionem datum fuit; sed in casu *d. l.* 38. §. 5. non quidem etiam dolo, malo tamen exemplo, abortionis poculum propinatum fuit, unde ille relegatione, hic capite punitur: ibi causa rei licitæ & adjuvandæ conceptionis, hic autem rei illicitæ & abortionis causa poculum datum fuit; Qui igitur dat operam rei illicitæ & malo exemplo est, ille summo supplicio afficiendus erit. *d. l.* 38. §. 5. si tamen insuper hæc res ejusmodi sit, ex qua proximè mors sequatur, cœteroquin & qui *verberare* mandarit, sic puniendus foret. Et cum *Hunninus in res. instit. tr.* 7. *p.* 4. *q.* 5. textu *d. l.* 3. §. 2. confidenter, pro mandante mitius puniendo, utatur, notabis quoque verba in *d. l.* 3. §. 2. *ibi: non quidem malo animo, sed malo exemplo*: jam vero mandans vulnerari tam animo malitioso, quam malo exemplo id facit, animò quippe nocendi & se ulciscendi, contra *l.* 13. *quod met. caus.* ut nullatenus casus *d. l.* 3. §. 2. *pro mandante induci possit.* Ad 7. posset hoc retorqueri, nam cum Jura Canonica sanguinis pœnam, pro delicto etiam gravissimo non irrogent *c.* 26. *de V. S. c.* 15. *de haret. c.* 3. *de pæn. in* 6. *hinc* videri nec mandatarium isto jure morte puniendum, ac conseq. cum mandante pari pœnâ teneri, nimirùm irregularitatis pœnâ *d. c. fin. de homic. in* 6. sed de J Civili hic nos quærimus. Ad 8. rationem *d. l.* 11. §. 3. *ad l. aquil.* esse diversam & *ex l.* 15. §. 1. *ff. eod.* desumendam cum & aliàs in casibus istis ICtus uniuscujusq; contemplari oporteat, *L. fin. de sicar.* Sanè si regula illa: *qui facit per alium &c.* in nostro casu allegatur rectè, fortius ea contra mandantem retorquebitur, quòd ipse per mandatarium occidisse videatur.

Cœterum mandantem hunc *ordinariè* teneri, & Legis Cornel. pœnâ affici debere, etiam gravissimi auctores existimant, quos quoque recenset tibi *Farin. d. q. & n.* nos pro ipsis similiter aliquot argumenta breviter recensebimus. 1. Cuius finis est malus, eius præordinatio præsumitur dolosa, *arg. l.* 34. *C. de adult.* cum & finis demonstret principium, *l.* 5. *C. de instit. & substit.* dolosus vero animus *L. Corn.* ordinariè vindicatur, *l.* 1. *§.* 2. *de Sicar.* Sed mandantis finis impius & malus est, diliges enim proximum

mum ficut te ipsum, *V. L. 13, quod met. causa.* Ergo &c. 2. Qui præstat occasionem, damnum fecisse videtur, *l. 30. §. 3. ad l. aquil.* Unde occasio inter causas efficientes numeratur *l. 51. ff. eod.* atquin hic noster mandans suo mandato occasionem homicidio præstitit. E. 3. Dominus qui servo mandat, ut dejiciat, ipse dejicisse videtur, l. 1. §. 12. de vi & vi arm. est enim ab ipso actionis principium. Arist, *5. ad* Nicom. Hoc idem autem in nostro casu de *mandante* dici potest. 4. Qui dat operam rei illicitæ, ei imputandum est omne id quod ex ea re sequitur *c. 10. 10. de homicid.* jubere autem alteri vulnera infligi, illicitum est. Et certe qui mandat antecedens mandat etiam id, quod vel ut plurimum subsequitur: *ficuti hoc constat*, cum autem vulnera non possint infligi ad mensuram, & fere in quacunque parte corporis omnia letalia sint, inde mandans vulnerari, ut plurimum consequentem internecionem mandasse quoq; videtur, *Clar. in b. 89. n. 5.* 5. Causa causæ, est etiam causa causati. *per l. 15. de sicar.* Sed mandans est causa vulneris, vulnus est causa mortis. Ergo &c. 6. Facit optime *l. 6. C. ad L. Iul. de vi publ.* ex qua sic licet argumentari: Ex quo facto cædes crebro sequi solent, & causa malorum præbetur, illud supplicio capitali puniendum est, *d. l. 6.* sed ex mandato tali cædes sequi solere, & causam malorum præberi, quis negaverit? & quamvis semper mors vulnerati non sequitur, attamen semper sequi posse & cogitare mandans & timere debebat. 7. Facit maximè ratio *d. l. 38. §. 5. de prin.* quod scilicet hæc res sit mali exempli; Unde sic licet inferre: Qui facit rem mali exempli, & sic illicitam, adeoque ad occidendum proximè dispositam ille capite plectendus est, *d. l. 38. §. 5. sed mandans noster, &c.*

Ad hæc quoque argumenta pro istis qui mandantem ordinariæ pœnæ eximunt, paucissimis ita responderi potest, & quidem ad 1. mandantis quidem finem malum fuisse, *sed ad vulnerandum*, non etiam *occidendum*, *unde* non ita uti respectu vulneris, ita homicidii ipsius in dolo, sed potius latissima quadam culpa consistit: adeoque pro vulnere tantum tenebitur, & hactenus benè præsumitur ejus præordinationem *culposam* solum fuisse. Ad 2. qui præstat occasionem, scilicet dolo & animo occidendi *arg. l. 1. ibi, cuiusve dolo malo. de sicar.* Veluti si tu teneas, ut ego occidam, tu diceris causa homicidij propinqua. L. 11. §. 1. *ad* L. *aquil. c.* 10. *de homicid.* & hactenus nihil interit, occidat quis, an causam mortis præbuerit, *d. l. 17. de sicar.* vel si hunc subintellectum non præsupponamus, sic benè inferri non poterit: Mandans noster dat occasionem.

sionem occidendi: Ergo cum mandatario pœnâ homicidii puniendus: quoniam alias idem inferri posset: Libidinosus effringendo fores meretricis dat occasionem furandi: Ergo cum furibus actione furti tenebitur: quod tamen esset contra *d. l. 39. princ. de furt.* utriusque quidem res est mali exempli, utriusque actus illicitus, uterque occasionem præstat, sed tamen ab utroque animus, propositum & intentio vel occidendi vel lædendi abfuit: quamvis in hoc differant, quod ex mandato vulnerandi proximè mors sequi possit, hocque & cogitare & timere mandans debuerit, quod non ita est in libidinoso. Ad. 3. hoc idem respectu vulnerationis quidem de mandante dici posse, non etiam ipsius internecionis, *argum. l. 5. ff. mand.* Ad. 4. Minorem intelligendam esse de eo qui immediatè & directè per se dat operam rei illicitæ, veluti ipse mandatarius licet vulnerandi tantum animo verberans, si occidat, exinde de homicidio tenebitur, & concesso, mandantem quoque ob illicitum jussum de occisione subsecuta teneri debere, ostendunt tamen *dd. cap.* ipsum non nisi *extraordinem* teneri posse, adeoque mitiori aliqua pœnâ afficiendum esse: interim neque semper neque quamcunque vulnerationem mors ipsa subsequitur, quid enim si sit in loco non solito ad mortem, utputa pedibus, brachio, *V. Capoll. consil. crim. 61.* & licet ejusmodi vulnera sint aliqualiter etiam periculosa, *per l. 51. §. 1. ad l. aquil.* tamen propter hoc non sequitur, quod sint mortifera, quia aliqualiter significat modicum, *cap. 3. dist.* 80. *c. 6. 21. q. 5.* modicum vero non reddit ipsum mortale, *dicente Cap. d. cons. 61. n.* 18. Et non omnia vulnera mortalia esse, manifesto docet P. H. O. *art.* 147. quem ideo videbis. Unde quod dicitur; *qui vult antecedens, voluit etiam consequens:* hoc de eo consequente, quod ex antecedente necessario consequitur, intelligendum erit, & sic nihil in contrarium concludit. Ad. 5. vel axiomata ejusmodi non rectè ad Jurisprudentiam transferri; vel hoc ipsum axioma καθολικὸν non esse, *V. Fonsec. 5. Metaph. cap. 2. q. 16. sect. 1. & 4.* vel deniq; tum valere, si vera *per se & necessaria*, sit inter causas & causatum connexio, necessaria vero non est in hoc casu inter mandantem & homicidium, connexio: *uti ante diximus.* Ad. 6. mandantem vim inferre, si mandatarii vim inferentes vel occidant, vel occidantur à vim patientibus, supplicio subjici, non simpliciter ideo quod cœdi causam dederit, sed quod *vim* jusserit, sub uno enim *volentiæ* nomine multa facinora continentur, *d. l. 6. in pr.* & nunquam non cœdes vi illatæ immiscetur,

 d. l. 6.

d. l. 6. ibi: cædesq; crebrò deteguntur admissæ : maximè cum pluribus, non *uni* mandatum fuerit: difficilè namq; sine cœde ac sanguine per vim alterum possessione sua expellent? Ad. 7. non debere pravi exempli allegationem, utpote specialiter in *d. l. 38. §. 5.* casu constitutam, ad consequentiam trahi, *argum. l. pen. ibi neq; enim sicuti illud receptum, ita hoc quoque receptum* : *de reb. credit.* cum non ita omnem percussionem mors ipsa subsequatur, sicuti abortionis amatoriumve poculum *furor, insania & vitæ ipsius ademtio*, conficitur namque istud ex venenatis pharmacis, judicium hominis & ipsum hominem confundentibus:

Philtra nocent animis, vimq; furoris habent.

Mors ipsa verò furore jucundior & tolerabilior est.

Atq; hæc ita *pro & contrà* mandantem disputari possunt: nostrum ut hic interponamus judicium, dicimus quidem inter mandantem & mandatarium in casu mandati *rei turpis*, ratione *obligationis & actionis* quoad ipsos nullum contrahi mandatum, adeoq; mandatarium hic non nisi *abusivè* ità appellari; sed tamen quoad actionem vel *accusationem* patiendam ei, in cujus præjudicium mandatum fuit, aliquod contractum esse: *V. Gomez. 3. res. 3. n. 39.* unde etsi mandatarius delicti nomine pœnam persoluisset, eam tamẽ à mandante recuperare nequit, deficiente scilicet *actione*: *§. 7. I. mand.* nihilominus scelere & *delicto commisso* alteri accusatio contrà utrumque competit, & uterq; omnimodò tenetur; *Mandatarius* quod rei turpis mandatum suscipiendo peccaverit, *Mandans* quasi ipse delictum commiserit, *l. 15. de sicar. l. 11. §. 3. de injur.* sed an uterque pari & eadem pœnâ teneatur, etiam hoc in proposito nostro casu, dubium esse ex prædictis apparet: Distingui posset, vel enim quis mandavit aliquem *verberari*, seu alapâ percuti, ein par Maulschellen zu zustellen/ oder ein wenig abzuschmieren/ & cum mandatario occidente, mandans de occiso non tenetur, sed tamen cum in culpa, mandando quid illicitum, fuerit, extraordinariâ tenebitur pœnâ, *V. Farin. d. q. 135. n. 151. 152.* vel mandavit *vulnerari*, einen Schmatzen auff den Kopff / oder S. in das Gesicht zu geben/ & tum occidente mandatario, *communiter* receptum fuit, mandantem quoque de occiso teneri, teste *Farin. d. lo. num. 168. 169.* *Est hæc ratio* diversitatis, quod hoc *posteriore casu* id quod mandatur non sit in potestate mandatarii non excedere, nec enim ille habet stateram in manibus, ut ponderet vulnera mortalia & non mortalia, *Farin. d. lo. n. 171.*

n. 171. & facilè declinatione aut inflectione corporis contingat, ut Ictus accidat gravior: sed *priore casu* modum præscriptum servare in potestate mandatarii est; quare mandati fines si excesserit, mandans de excessu non tenebitur, atque ita quoad istum *casum priorem* concludit *l. 5. ff. mand.* Neque poteris in *posteriori casu* mandantem *vulnerari* ex eo defendere, quod animo occidendi careat; vel aliàs ex eadem ratione mandatarium excusare debes, siquidem & præter hujus opinionem ex vulnere mors subsecuta fuit: Neque etiam poteris in *priore casu* mandantem *verberari* ex eo aggravare, quod ejusmodi quid mandare, peræque res *mali exempli* sit, nam hæc mali exempli allegatio tum demum ad pœnam homicidii concludit, si & hanc rationem conjunctam habeat; quod non fuerit in potestate mandatarii, fines mandati custodire. Unde etiam defendi posset, mandantem *vulnerari* adhuc teneri de excessu & sic de occiso, etiamsi expressè inhibuerit & protestatus fuerit, ne mandatarius occideret, *cum Farin. d. lo. 171.* est quippe hæc protestatio actui contraria, & isto prohibitio frustranea, quam servare in potestate mandatarii non sit: quare nihil operantur, *l. 21. de acquir. hered.*

XXXVIII.

An ebrius aliquem occidens ordinariè *puniri debeat?*

HÆc quæstio vitio hujus seculi *ICtis* proponitur frequentissimè, verè enim nimis *Horat. l. 3. carm. ad amph.* addit sua cornua pauperi *Amphora:* & *l. 1. in epist. ad Torq.* ebrietas in prælia trudit inermem. Hinc itaque verbera, hinc homicidia. Licet autem distinguat *Geil. 2. O. 110. n. 17.* inter ebrietatem Trunckenheit/ & ebriositatem Vertrunckenheit/ ut quidem illic, non hic, pœna ordinaria cesset, nos tamen probamus magis distinctionem inter Ebrietatem, quæ habet gradus, pro quorum diversitate, diversum jus statuendum erit, *Goedd. de contr. stip. c. 7. concl. 11. n. 166.* quomodo existimamus homicidam *enormiter* ebrum Lege Corn. *de sicar.* non teneri, *l. 6. §. 7. de re milit. c. 7. 8. 9. caus. 15. q. 1.* neq; enim in gradu summo ebrium, welcher sticke wicke voll ist/ proprie & civiliter delinquere, *l. 11. §. 2. de pœn.* neq; eum quâ talem in eodem esse dolo respectu delicti commissi, quo sobrius, dici potest, *argum. c. 9. caus. 15. q. 1. l. un. C. si quis Imp. maled.*

Nec obstabit, etsi hic replicaveris, quod *rei illicitæ* operam dederit, quoniam respondebimus, *bibere* per se licitum esse, & moribus certè nostris etiam bibere plusculum, & se invitare largius, & solent hodie præcipuè *Aulici, Hunc vexare mero, quem perspexisse laborant, an sit amicitia dignus, &c.* ut alibi *Horat.* vide selectissima de hoc vitio apud *Bachov. ad Treutl. vol. 1. disput. 6. thes. 5. lit. A. in f.* Sane nos hic ebrium non consideramus, ut se *inebriaturum*, quomodo quidem est in culpa & peccat contra Legem imperii *de ann.* 1530. *tit.* von zutrincken / sed ut jam *inebriatum*, quomodo non *studiosè* sed *impetuosè* delinquit, *d. l. 11. § 2. V. Clar. lib. 5. § fin q. 60.* Et licet ita quoq; in culpa, adeoq; duplici sit, nimirum *Ebrietatis* & commissi *criminis*, verùs tamen dolus ab eo abest, quem multo esse deteriorem, quam multas culpas, dixit alibi Bl. Concesserim tamen, *Legem civilem* statuere posse, ut perinde in ebrios delinquentes, ac sobrios, animadvertatur, *argum d tit.* von zutrincken/ *juncta l. 16. § fin. de pæn.* non quod pœnam capitalem delicto ebrii proportionatam crediderim, sed ut cives formidine supplicii à vino promtius abstineant, *arg. Aristot. 2. pol. 10. in f.* Et Athenienses ex Solonis instituto ebrium Principem mortem mulctasse, auctor est *Laërt. in Solone*, ut hinc *Hunnium ad Tr. d. th. 5. lit. A. in f.* mirari & judicare liceat.

In Jure

In Jure Publico & Privato,

Partis II.

PERICULUM VII.

Quod subivit

Conradus Hotzenius, Hemringa Scavvenburgicus.

Quæstionum Academicarum XXXIX.

An Iuris Consultus MEDICO recte præferatur?

JUris Consultum præferri constat: dubitari tamen posset an jure præferatur: cum & olim & etiam hodie MEDICOS quosdam Juris Consultis quæstionem prærogativæ movisse & movere constet ex *Chassan de glor. mund part.* 10. & *Curas. ad l.* 2. §. *post originem de O. I.* videri quidem possemus, quasi in re propria suspecti esse, sed tamen commune hoc negotium est: Unde nos pro Juris Doctoribus hoc argumentum adduremus. Ex dignitate objecti, dignitas ipsius operantis arguitur, *arg. l.* 1. §. 1. *de extraord. cognit.* Atqui objectum JCti est homo interior *L* 1. §. 1. *de I. & I. N.* 8. *c.* 8. Medici vero homo exterior *d. l.* 1. §. 1. *de extraord. cognit.* Illi studiorum & sic animi, hi salutis hominum & sic corporis, curam agunt. Et ergò tanto præstantiores JCti Medicis, quanto animus corpore melior N. 115. *cap.* 3. *circa fin.* Hinc *Medicina* annumeratur inter eas artes, quæ precio nummario æstimari possunt *d. l.* 1. §. 1. *de extr. cogn. sed Iurisprudentia* æstimari nequit. & res sanctissima est *d. l.* 1. §. 5. unde fermè etiam inferri posset, & *Philosophum Medico* præferri debere, quoniam & *Philosophia* religiosa res est, & mercenariam

nariam operam spernit *d.l.1.§.4.* sed alio tamen jure utimur; & prærogativam præ *Philosophis* longa quasi possessione sibi acquisivêre *Medici.* Posset hic teregeri: etiam quosdam Medicos nimirum Professores Academicos studiorum & ita animi curam agere: peræque ac Juris Consulti, & licet iidem *Medici Academici* simul praxin & ita corporis curam exerceant, eandem tamen etiam *Juris Consulti Academici* non negligunt, & ita quoque suæ crumenæ curam habent, ut adhuc paris conditionis haberi possint. Verum hactenus tamen ex ipsorum professionis fine manifesta relinquitur discrepantia, Juris siquidem Professor auditores suos ad rei Romanæ statum & bonum publicum erudit, *§. fin. I. in proœm.* Medicinæ verò, ad corporis humani curam & privatam sanitatem, *d.l.1.§.3. de extraord. cogn.* Publica autem præferuntur privatis, & melius est perire unum quam unitatem. Quis non igitur Juris Consultos nobilissimos. *l.4. in f. de excusat. tut.* magnificos, *§. 3.4. I. in præm.* illustres viros, *L. 5. C. ad L. Jul. Maj. Medicis* præferendos esse dixerit, *vide l.3. & quæ ibi Gotofr. notat. C. com. de legat.* apposite *Ant. de Guev lib.1. horol. Princ.c. 43.* gliscente aliquo inter cives tumultu, plus unicum prodest consilium maturum, quam centum de rhabarbaro purgationes. Nihilominus *Jul. Scalig. lib.3. poetic.c.16.* pro Medicis pugnat, cujus rationes leves & auctore pene indignæ sunt, contra ipsum videbis egregiè *Bodin.3. de rep.8. Mattheac.1. de via jur. 10. Heig.p.2. q.26.n.7. & seqq. Cor.as. & Ant. de Guev. dd.l.* Cæterum, quid tamen est, quod Legum Doctores extrà Romam docentes remissionem ab onere tutelæ non habeant *l.6. §.12. de excusat.* quam tamen habent Medici *d.l.6. §.1. & 2. eod.* Annon ita plus tributum erit Medicinæ, quàm Jurisprudentiæ? Verum recte *d. §.12. ad Dd juris* eos tantum restrinxeris, qui in Academiis sine salario & absque publica auctoritate privatim disputant docentq; *arg. l.52. §.1. C. de episc. & cler.* etenim qui extrà Romam V. G. Constantinopoli, & Beryti publicè docebant, dubio procul eadem immunitate gaudebant, docente *Cujac. ad d. l. 9. §. 1. de excusat.* (quomodo fermè in simili, alij *L. 3. C. de profess. & med.* ad poëtas non profitentes restringunt, ut tamen poëticam profitentes ac publico salario in Academiis docentes, eandem habeant immunitatem, quam aliarum artium Doctores & Professores *V. Alb. Gent. ad d. L.3.*) vel sanè, si quis hinc de ordinis prærogativâ judicare velit, ita etiam Rhetores & Grammatici, quoniam & hi extrà Romam docentes eandem cum Medicis immunitatem habent,

habent, d. l. 6. §. 2. Juris Consultis anteponendi erunt; quibus tamen singulis Juris Consulti jure & meritò præferuntur, qui adeo in continuata sua sessione ac possessione à nemine debent amplius turbari; *Uti ergò possidetis, ita possideatis.*

XL. XLI.

Commodato, Depositove, an possit objici compensatio? ubi explicantur L. fin. C. de commod. & l. fin. C. de compensat.

NEcessaria est harum Legum explicatio, quarum intellectus dubius, & hactenus fuit in ancipiti: Quare nos videbimus, quid periclitari possimus. Est autem compensatio vice solutionis *L. 4. C. de compens.* cum quis vult id, quod sibi vicissim debetur pro *pensato* esse, id est, pro soluto retineri, ne amplius ille debere videatur; unde definitur, debiti & crediti inter se contributio *L. 1. ff. eod. de quo videe leg. Donell. 16. com. 15. in pr.* Hic præcipue illud sciendum est, compensationis vocabulum ambiguum esse, & sæpissimè propriè accipi, quandoq; etiam impropriè sumi, prout enim compensationis effectus alius est perpetuus, alius verò temporalis, ita quoque compensatio alia propria, alia impropria dicitur: Proprie dicta compensatio vim & effectum solutionis habet *d. l. 4. C. de compens. l. 18 de pignor. act.* proinde ad similitudinem solutionis perpetuò liberat *l. 2. de compens.* debitumque vel omnino tollit, vel saltem imminuit, prout nimirum quis integri debiti, vel eiusdem partis compensationem habet *d. l. 4.* In propria igitur hac acceptione, compensatio retentionem perpetuam significat *d. l. 18. & l. 4 qui pot. in pign.* compensatio autem impropriè dicta Detentionem tantum temporalem significat, unde ea aut loco pignoris saltem est, juxta *d. l. 18. L. 26. §. 4. de cond. indeb.* aut ad certum tempus rem debitam pro indebita efficit, juxta *l. 5. de imp. in reb. dot. fact.* cum enim pignus quandocunque placet, soluto debito, repeti possit, uti constat, & res debita à possessore, soluta prius ei pecunia, postmodum præstanda sit, *d. l. 5.* hinc hujusmodi compensationis detentionisque effectus interimisticus & temporalis tantum est: Propria verò compensatio locum habet tantum in pecunia & quantitate, *L. 4. C. de compens. L. 18. pr. de pignor. act. Donell. ad §. 30 I. de action. n. 13. Mercer. 1. opin. 14. Pot ner. 2. sel.*

14. (Dissen-

14. (Dissentit tamen *Duaren. ad l.7. §.5. sol. matrim. c.2. de compensat. c.6. de commod.*) compensatio enim propriè accepta, uti diximus, pro solutione est *d.l.4.* sicuti ergo species pro specie, aut quantitas pro specie solvi non potest, neque enim aliud pro alio invito rectè solvitur, *L.2. §.1 de reb. cred.* ita nec compensari *V. latius Garz. de except. c.16. n.56. & seqq.* Sed compensatio impropriè dicta, esse quoque potest speciei ad quantitatem *per d. l. 18. pr. de pign. act.* ubi dicitur pecuniam in debitum imputari ac ita verè compensari, sed speciem aut corpus aliud, loco pignoris tantum retineri posse: *& per d. l. 5. de imp. in reb. dot. fact.* ubi res vel species dotis nomine debita detineri potest, interim usq; dum marito satisfiat: Compensatio itaque in genere reverà est retentio, & hæc si perpetua sit, in specie & propriè compensatio, sed si temporalis tantum, propriè retentio dicetur, ut ita compensationem & retentionem non confundamus neque etiam debeamus *V. Schiford eg. p.1. tr. 1. q.2.*

Si nunc de Commodato primum quæramus, an in eo compensatio locum habeat? per distinctionem significatorum vocabuli *compensationis* respondendum erit, & insuper de quo jure an veteri an novo disputetur, probè advertendum. Jure veteri in commodato propriè dicta compensatio locum non habebat, *per l. fin. C. commod.* Ubi dicitur prætextu debiti rem commodatam recusari non debere: jam antè enim, hanc propriam compensationem solum admitti, ubi quantitas hinc inde debetur, non ubi diversæ species seu corpora, diximus; Quid tamen si commodata res vel deteriorata fuerit, vel culpa commodatarij interierit, *l. 5. §. 1. commod.* adeo q; ab ipso petatur, non res commodata seu species, sed justa ejus æstimatio? & hoc quidem casu propria compensatio locum habebit, siquidem ita esse poterit compensatio æstimationis seu pecuniæ cum pecunia mutuo debita, quomodo cum etiam jure veteri in omnibus casibus, in quibus loco rei non extantis vel deterioratæ succedit æstimatio & pecunia, propriæ compensationi locus fuerit, quippe cum ita fieri potuerit compensatio pecuniæ cum pecunia mutuo debita *V. Donell. ad d. §. 30. n.10. Arum. disput. instit. 12. thes. 13.* Omninò errant Dd. communiter, quando volunt *Iustin. in L. fin. C. de compensat.* hoc noviter statuisse, ut in actionibus omnibus etiam realibus, jure novo compensatio fieri possit, scilicet ubi rei seu speciei succedit æstimatio *V. Tr. disp. 25. th. 7. lit. c. vol. 1.* etenim si his casibus, quibus ad

æstima-

æstimationem speciei pervenitur, etiam *jure veteri* compensationi locus fuit, sicuti *Don. Arum. dd. loc.* docent, & ipsi *Dd.* vulgo fatentur, consequitur non id à *Iustin. in d. l. fin.* noviter introductum fuisse, sed aliquid longè aliud, *uti posteà subjiciemus.* Qui tamen ita *d. l. fin.* ad istum casum quoad actiones reales restringunt, illi jam facillimum esse ad *l. fin. C. comm.* respondere, dicunt, nimirum per distinctionem, an *res ipsa* commodata adhuc extet & petatur, an verò non extet, & petatur ejus *æstimatio. V. Lyklam. in velit. fuis.* 3. *quæst.* 20. *Zanger. p.* 3. *c.* 6. *n.* 41. *de except. Schisferd. p.* 1. *tr.* 1. *q* 3. Repetenti rem extantem compensatio objici non potest, quomodo intelligunt *d. l fin. C. commod.* quæ tamen, re non extante, ejus æstimationem petenti rectè objicitur, quo de casu accipiunt *d. l. fin. C. de compensat.* atque ita *dd. LL.* conciliant: sed similiter in eo errant, & malè *d. l. fin. C. de compens.* de casu hoc *rariori* interpretantur, & de eo *Iustin.* respondisse ab ipsius mente omninò & videtur & est alienum; neque ipse hoc *novè* sanxisse dici potest, quod ante *jure veteri* dudum obtinuerit: & admissa tamen hac, dictæ hujus *l fin.* interpretatione, nec apparet satis quo *casu* & qua *ratione* in *d. l. fin.* depositum exceptum fuerit: Esto enim cum vulgo Dd. hæc *d. l. fin. Regula*: in omnibus actionibus, ubi rei succedit æstimatio, admittitur compensatio, ratio *regula*: compensatio enim est quantitatis cum quantitate, hoc vero casu res ad æstimationem ac proinde ad quantitatem, redigitur: Et ergo si ego tibi *quantitatem* V. G. 10. debeam, tuaq; autem culpa res valens. 10. à me tibi commodata deperdita vel deteriorata fuerit, quia succedit æstimatio sicque *quantitas*, ideò compensatio admittetur. Hoccine in casu *Depositum* exceptum dicemus, ut ne in æstimatione rei depositæ, re non amplius extante, compensatio locum habeat; Ita quidem vulgo Dd. existimant, sed hoc durum nimis & vix rationem habere videtur, *V. Arum. d. th.* 13. Non itaque ad casum hujusmodi *rariorem* Constitutionem *Iustin in d. l. fin. C. de compens.* restringere possumus, non debemus. Manet igitur hoc, *jure veteri* in commodato *propriè* dictam compensationem locum non habere, *per d. l. fin. C. comm. V. Hot. tom.* 1. *resp. amicab. c.* 21. scilicet si ipsa res commodata extet & repetatur: *impropriè* tamen compensatio *isto jure* in commodato admittebatur, non quidem in *perpetuū* quasi jure solutionis, sed ad *tempus* quasi jure pignoris, *l.* 18. *de pign. act. l.* 18. §. *fin. commod.* ceterum quatenus etiam impropria hæc compensatio ad certum tempus debitam rem pro indebitā

efficit, *juxta d. l. 5. de imp in res dot. fact.* eatenus *jure veteri* in commodato compensatio non obtinuit, siquidem hoc speciale fuisse videtur in causa dotis *juxta d l. 5.* Et hæc ita de *jure veteri*.

De *jure novo*, scilicet post *l. fin. C. de compens.* an in commodato *propria* compensatio locum habeat, potest dubitari? Sanè in ea videtur *Iustinian.* noviter sanxisse, etiam in actionibus *in rem*, in quibus species vindicatur, *l. 6. de rei vind.* compensationem admittendam esse; si ergo hæc in omnibus actionibus in rem admittenda, etiam in commodati actione, quoniam & illa re contrahitur, *§. 2. I. quib. mod. re contr. obl.* Verum adhuc *hodie* verius est, in commodato eam locum non habere, casu quo res ipsa commodata petatur eaq. extet, propter naturam *propriè* dictæ compensationis, quæ non est nisi *quantitatis & quantitate*, uti suprà diximus; quam compensationis naturam Justin. *jure Novo* in *d. l fin.* nequaquam immutavit, tametsi hoc malè existimet, *Cujac. 15. O. 12. & Duaren. ad l. 7. §. 5. ff. sol. matrim.* Jam verò commodatum regulariter non est quantitatis, sed specierum, *d. §. 2. I. quib. mod. re contr. V. Pacium. in concil. 4. q. 44.* Quid igitur novi in *d. l. fin.* constituit Justinianus? Sanè hic rhodus est, hic saltus, hic labor, hoc opus est: quicquid aliis hactenus visum fuerit, nos ita existimamus. Tàm jure *novo*, quam *veteri*, in actionibus in rem, quibus species, *sicuti constat*, vindicantur, compensationi *propriæ* locum non esse, scilicet si res extet petaturque: sed cum anteà *l veteri*, uti diximus, specialiter in actione *dotis* receptum esset, ut impensæ necessariæ *ipso jure* dotem, etiam si dos in *fundo* constituta foret, minuere dicerentur, hoc effectu, ut ad tempus desineret esse dotalis, & maritus soluto matrimonio usque dum de impensis ipsi satisfieret, in detentione fundi permanere posset, *d l. 5. de imp. in res dot.* hoc idem Justin. *in d. l fin.* latius extendit, & ad cœteras omnes actiones in quibus species debentur & petuntur, produxit, sicque noviter id constituit, nimirum ut actiones reales eodem modo hodiè quo olim actio dotis, propter debitum minui dicantur, ideoq; ex denegentur & res præstanda hactenus pro indebita *ipso jure* habeatur, donec actionem aliquam istarum intentare & vindicare volens, possessori de debito prius satisfecerit: Et ergo si V. C. possessori fundi alieni, rei commodatæ, &c. tantum debeatur à domino seu commodante, quanti fundus vel res commodata sit, hodiè minuuntur *ipso jure* etiam hæ actiones in rem, hoc est, quasi deberi desinere intelligitur possessor seu commo-

datarius.

datarius, & actio domino seu commodanti deneganda *interim* videtur, usq; dum debiti nomine possessori commndantario factisfactũ fuerit, qua tamen debita pecunia possessori soluta, fundus seu res commodata domino seu commodanti præcisè reddenda est. Quomodo apparet, quatenus *jure novo* post *d. L. fin.* incommodato cæterisq; in rem actionibus compensationi locus sit: non quidem *propria* compensatio quæ vim *solutionis* habet, atque ita *perpetuo* liberat *d. L. 2. de compensat* in commodato &c. locum habet, sed tamen *impropria* cum effectu temporali, quæ scilicet ad certum tempus vindicationem *domino* competentem, vel tollat vel imminuat, & quidem ipso jure, *d. l. fin.* atque hoc ad exemplum actionis dotalis. *d. L. 5.* Etenim prout *possessori* vel tantum vel minus debetur quanti res ipsa est, ita vel in totum vel pro parte res seu fundus possessus *ipso jure* tolli vel minui, hoc est quasi deberi desinere videtur, non quidem *perpetuò*, sed *interim*; itaque commodatori, si debitor commodatarii sit, commodatam rem repetenti, hactenus objici potest compensatio, sed *impropriè* sic dicta, quæ quidem etiam *ipso jure* commodati actionem minuat vel tollat, sed tamen *ad tempus* solum, & *speciei* compensatio est, & hinc *impropriè* sic dicta. Sed jam posset dici, durum & contrà rationem videri, sub prætextu debiti, commodatæ rei restitutionem, etiam ad tempus denegari posse, cum commodatum gratuitum sit, *§. 2, l. quib. mod. re cont.* verum ita jus scriptum est, licet ideo rectè *interpp. ad d. l. fin. C. de compens.* & præcipuè *Hottom.* hanc constitutionem Justin. exorbitantem esse, & absurditatis quadam specie laborare, annotarint; cum tamen hæc restitutio ad tempus tantum, & ob urgendam debiti celeriorem solutionem, denegetur, inde aliqualiter, si quæ subest absurditas, mollificatur ac corrigitur. Fit hinc jam probabile, quod ante *ad d. l. fin. C. commod.* respondimus, commodato non posse *propriè* dictam compensationem objici, cum hæc sit *perpetua*, & non nisi *quantitatis*. Ex quibus nunc consequitur verbum *compensationis* quoad actiones in rem in *d. l. fin. C. de compens.* sumi *impropriè* pro retentione quadam, cui in omni actione locum dederit Justina Atque huic nostræ sententiæ, quam tuetur etiam doctiss. *Bachov. ad Tr. disput. 25. th. 7. lit. C. vol. 1.* quid multum obstare possit, non video: Si opposueris, etiam *jure veteri* retentionem communiter licitam fuisse, per *Don. 20. c. 7. Schieferd. p. 1. tr. 1. q. 4.* imo in ipso commodato retentionem concessam esse per *l. 15. §. 2. l. 59. de furt.* respondebimus, eam

 quidem

quidem sed ob *impensas necessarias* V. G. in rem commodatam factas, olim quoque licitam fuisse, non etiam ob aliquod *debitum pecuniarium*, cum hæ impensæ quasi ipsi rei adhæreant, ejusque partem constituant, & tribuant impendenti jus in re, *arg. l. 38. de petit. hered. l. 5. de imp. in rer. dot.* cum qua tamen debitum aliud, nihil commune habeat, *V. Cujac. 15. O. 12.* hoc enim ex *diversa* causa petitur, ast ipsæ impensæ ex eadem. Hoc itaque tuum esset probare, *jure veteri* etiam propter debitum pecuniarium possessorem potuisse, speciem aut corpus à domino petitum, retinere, quod nos negamus, & ut hodie retineri possit, noviter à Justin: sancitum esse dicimus. Et quidem ita, ut *hodie* actiones omnes etiam *in rem* vigore compensationis minuantur *ipso jure*, *d. l. fin.* Olim fieri quidem etiam retentio seu deductio poterat, sed non nisi *per exceptionem*, *Cujac. d. O. 12. Bach. ad Treutl. vol. 1. disp. 14. th. 19. lit. D.* hodie tamen eadem *ipso jure*, veluti compensatio fieri potest, ita ut *ipso jure* actio minuatur & denegetur, resq; possit retineri, *Cujac. d. O. 12.* cum quo tamen non existimamus, *propriè* dictæ compensationis naturam *per d. l. fin.* mutatam esse, *uti supra monuimus* sed id dicimus, Ex omnibus actionibus compensationes hodie *ipso jure* fieri, & hactenus nullam esse differentiam inter actiones in rem & personam, veruntamen actiones in personam vigore compensationis *propria*, in rem verò, vigore *impropria* minui, utrasque autem minui *ipso jure d. l. fin*: quomodo verò *in rem* actiones *ipso jure* minui dicantur, jam ante explicuimus, & hoc, ut hæ quoque ita minuerentur, noviter Justin: sanxit: adeoque ut retentio speciei pro quantitate hodie nomine compensationis, sed impropriæ, veniat.

Si nunc de *deposito* etiam quæratur, an deposito possit objici compensatio, facilis esse poterit responsio: nam *jure veteri* repetenti rem depositam si adhuc extabat, compensatio objici non poterat, *arg. Pauli. 2. sent. 12. in f. Gotofred. ad d. l. fin. C. de comp.* ut tamen hinc *Ravard. 1. var. 11.* parum causæ carpendi Justinianum habuerit *V. Hilliger. D. B. 16. c. 15. lit. I.* quod si quis dolo malo rem depositam possidere desierit, quoniam eo casu succedit æstimatio, *olim* quoq; sicuti *re commodata* aut aliaquavis deperditâ, compensatio fieri poterat. Et licet *interpp.* vulgo dicant *hodiè* tamen in *deposito*, æstimationem seu pecuniam, cum pecuniâ mutuo debita compensari non posse, adeoque *Iustin.* in *d. l. fin.* hactenus depositum excepisse, iis tamen in eo assentiri non debemus, per ea quæ jam ante ex *Don.* & *Arum*, disputavimus. Sane falsam esse regulam;

Jam, quam interpp. illi ex d. l. fin. extruunt: nimirum, in actionibus in rem tunc saltem admitti compensationem quando re forte deperdita aut deteriorata, rei succedit æstimatio; jam ante ostendimus, tum quod idem jure veteri obtinuerit, adeoque id à Justin. noviter haud sancitum, tum etiam quod ita ille de casu rariori respondisset, &c. consequenter itaque falsa quoque erit exceptio isti regulæ ab Interpp. applicata, nimirum, nec in casu æstimationis, depositi actionem, compensationem admittere. Sed an Jure veteri in deposito impropria compensatio, quasi jure pignoris, locum habuerit? quod rectè existimamus, & insuper hoc dicimus, prout olim in commodato ob impensas omnimodo licita fuit quasi pignoris loco retentio per l. 15. §. fin. L. 59. de furt. l. 10. in fin. ibi Gotofr. de acq. possess. ita etiam in deposito. V. Schieferd p. 1. tr. 1. q 3 Bach. ad Tr. vol. 1. disp. 26. th. 5. lit. c. ut adhuc hodie propter impensas in depositum factas restitutio depositi recusari possit, hoc siquidem expresse Jure novo mutatum non est, neque enim obstant d. l. fin. C. de comp. L. 11. C. depos. quoniam de compensatione loquuntur, & accipiendæ sunt, de ea retentione, quæ fit ex diversa causa, puta ob aliud aliquod debitum, jam verò impensæ necessariæ pars ipsius rei sunt, adeoq; ob ipsam rem debentur, confer quæ jam ante diximus, Dissentit Tr d l. Arum. disp. 12. th. 16. Hunn. ad Tr. d. disp. 26. q. 7. Sicuti tamen nec olim in actione depositi, prout etiam ferè in aliis in rem actionibus, impropria compensatio quoad prædictum effectum, nimirum debitum ipso jure vel tollendi vel minuendi juxta d. l. 5. de imp. in res dot. locum habuit, ita neq; in eadem hodiè, per d. l. fin. C de comp. in hac enim licet Justin. id quod antea in actione dotis fuerat specialiter receptum d. l. 5. ad alias omnes in rem actiones produxerit; attamen depositi actionem expresse excepit. Hodie igitur depositum repetenti, si exter, restituendum est, celerrimè, illicò prima fronte, quam ocissimè L. 11. C. depos. neque ideò ipso Jure actio depositi ad tempus vel tollitur vel minuitur, hoc est, non suspenditur vel interim quiescit, ita ut deponens, quod forte debet, depositario prius exsolvere; priusquam depositam rem ille repetere, & hic restituere, teneatur. Quomodo satis apparet, quo casu depositi actio excepta fuerit, si de ratione exceptionis quæsiveris, scies non nisi apud amicum & intimè notum deponi, qui adeo salva fide & amicitiâ sub prætextu debiti & quidem ex diversa causa, depositam rem retinere non poterit, solet tamen quandoque etiam vicino & levi notitia con-

 juncto

juncto commodari, si quis nihilominus in commodato ex identitate rationis idem quod in deposito statuendum esse, velit, dixerim, ita quoque idem in quibusdam aliis in rem act. tentari posse, sed tamen contrà expressam mentem Justin. *per § 30. I. de act.* Ubi solam act. depositi excepit. Ut igitur concludamus, omnib. actionib. quibus Jure Veteri non poterat, compensationem objici posse, voluit Justin. in *d. l. fin.* Hodie sola actio depositi excepta est *d. §.* 30. Et quidem ita compensationes objiciuntur, ut actiones ipso jure minuant *d. l. fin. d. §.* 30. quod sic intelliges ut debitor ipso jure minus vel nihil debere intelligatur, scilicet in compensatione propria, actionum in personam; quantitatis cum quantite; Sed possessor in totum vel pro parte non debere videatur, priusquam ei de debito satisfactum fuerit, scilicet in compensatione impropria, actionum in rem, speciei cum quantitate, &c.

XXXXII.

Utrum Dies Termini computetur in Terminum?

QUæstionem hanc habet *Tr. vol. 1. disp. 4. th. 3. lit. f.* quam tamen vix satis ex ipso intelliges; parum etiam ad ipsam notavit Bachov. & fere eandem de suo nihil resolvit Hunnius ibid. Nihilominus magni momenti quæstio est; & usum habet varium in puncto emissi mandati, emanatæ citationis, concessæ dilationis, docendæ partitionis, actorum editionis, &c. atq; ea decidendum, quis contumax & emissi monitorii contemptor & propterea comminatæ pœnæ dignus habeatur, nimirum ille qui in termino mandatis inserto non paruit, & ergò de numeratione termini quærendum necessariò, ut illud sciri possit. Passim autem à Doctoribus de hoc quæsitum & disputatum fuit, quos bona fide videbis allegatos *ab Hülig D. E. 24. c. 6. lit. f. Quibus adde Guid. Pap. decis. 270 & ibi in annot. Ranch Socin. in fallent. reg. 124. V ant. tit. de def. ex null. jurisd. n.* 290. Distinctè verò præ aliis & explicatè quæstionem hanc proposuit, *Mindan. lib. 2. de mand.* 18. Hoc siquidem expeditum est, ultimum diem semper in termino computari *L. 30. §. 1. de adult. l. 1. § 9. de success. edict. Mindan. d. lo. §. 2.* etiam satis hoc liquet, quid juris sit, si quis V. C. citetur, daß er den 20. Maij / oder den 30. nach diesem / id est, à dato, vel hoc modo: Daß er den 10. nach Vberantwortung dieses Brieffes erscheine: His enim casi-

enim casibus de die comparitionis nihil esse potest scrupuli Mindan. d. loc. §. 3. Verum in eo est scrupulus maximus, si quis simpliciter vocetur, ut intra 30. dies compareat, Wir heischen vnd laden dich/ daß du innerhalb dreissig Tagen erscheinest: ubi terminus 30. dierum simpliciter & ita dubiè adsignatur, & de hoc jam quæritur. Diximus antea diem ultimum semper in termino computari, certum itaq; est, hoc casu, diem 30. utpote ultimum, in termino partitionis computari debere, hæc siquidem est natura vocis: intra: ut includat totum illud spacium, atque extremum numeri L. 133. ibi Gœdd. n. 3. de V. S. certum quoq; hoc nobis esse videtur, non à tempore decretæ & expeditæ citationis, sed insinuatæ & executæ demum illos 30. dies currere, adeoq; incipere numerationem non à tempore quo data & subscripta fuerit citatio, sed quo eadem à nuncio Dem Gerichts Boten/ citato præsentata & notificata Costal ad l. 1. si quis caution. & Mindan. d. l. §. 4. à notitia itaque & scientia citati, hi 30. dies numerandi sunt, L. 1. § fin. quand. apell. quomodo enim ignorans & se vocatum esse nesciens, contumax & pœnæ comminatæ dignus videri posset, l. 6. de calumn. verius itaque erit ex eo hosce 30. dies numerari, ex quo cognovit d l. 6. cæterum jam in hoc controversia hæret, utrum & ipse dies quoq; computandus & numerandus sit, quo citationis executio processit, & nuncius eam citato insinuavit? Alii negant hunc diem insinuatæ citationis in terminum 30. dierum computandum esse, Tr. d. lo. Minsing. c. O. 15. Alii vero affirmant, ut Bach. ad Tr. d. l. & quos prolixè refert Tiraq. de retr. lig. §. 1 gl. 11. n. 20. Alii distinguunt, ut Costal. d. l. & Mindan. d l. §. 6. Qui negant hæc habent fundamenta, 1. in l. 1. si quis caut. in iud. sist. ibi, præter eum diem quo cautum promittitur. Et ergò etiam præter eum diem quo citatio insinuatur. 2. In c. 1. ibi, intrà 15. dierum spacium. de restit. spoliat. in 6. & c. 1. de except. in 6. ibi, intra octo dierum, Quæ capitula apertè probant, diem assignationis non computari in terminum. 3. In l. 41. in fine prin. de V. O. ibi, actum videri de sequentibus Kalendis, & ergo quoque termini adsignatio de diebus sequentibus proxima facta videbitur Minsing. d. O. 15 n. 2. 4. Dies cœpta, dimidia vel interrupta, non nisi in favorabilibus pro completa integraq; habetur, L. 5 & ibi Dd. qui testam. fac. poss V. Gotofr. ad l. 3. §. 3. de minor. Et ergo his in casibus, quibus de contumacia & pœna agitur, solum dies pleni & integri, non quasi dimidietati, computandi erunt. Ad quæ argumenta posset tamen breviter responderi, & quidem ita ad 1. casum in d. l. 1. si quis caut. singularem esse, neque ideo huc applicari posse, vel alias,

cum etiam ibi dicatur, neque diem eum, in quem sisti oportet, in terminum computari debere; inde inferri posset, nec diem ultimum in nostro casu in termino paritionis computandum esse, *contra d.l.* 30. §. 1. *de adult. d.l.* 1. §. 9. *de succ. edict.* satis igitur apparet hæc *in d.l.* 1. specialiter quasi ex æquitate recepta esse. Ad 2. *ex dd cap.* posse ferè contrarium inferri, quippe in iis casus isti sunt excepti, adeoq; firmant regulam in contrarium: Ad 3. in casu *d.l.* 41. hanc stipulationem: *Kalendis dabis*: non nisi de primis *Kalendis sequentibus* intelligi debuisse *arg. l.* 39 *de pact.* Ad 4. diem quidem insinuationis non debere in totum pro completo haberi, sed tamen exinde tempus currere incipere, adeoque tantum partem reliquam ejus diei computari, prout juxtà distinctionem *Mind. d. l.* respon[d]eri posset. Qui affirmant hæc adferunt argumenta, 1. Tempus de momento in momentum computari debet; *d.l.* 3. §. 3. *de minorib.* Et ergò quoque ipse dies assignationis computandus venit. 2. Pro affirmativâ hac plures Leges adducit *Gœdd ad d.l* 133. *n.*2. ubi videbis. 3. Dilationes legales statim incipiunt currere *arg.* N. 23. *c.* 1. *ibi, posse intrà decem dierum spatium à recitatione sententiæ numerandum appellationes offerri*: Ergò etiam dilationes judiciales, cum præsertim dilationes omnes strictissimè sint accipiendæ. *V. Minsing. d. l. n.* 3. Ad hæc tamen potest paucis sic responderi: ad 1. verum quidem esse tempus de momento in momentum computari debere, sed scilicet, ubi prius currere cœpit; jam vero hic quæritur, an ab ipso puncto seu momento insinuationis factæ, an vero à die sequenti demum tempus currere incipiat; & cum prius illud negetur, sequitur etiam non posse tempus hoc inde computari: Ad 2. ex adductis à *Gœdd.* Legibus, aliquas nihil obstare, aliquas hoc saltem probare, diem ultimum in termino computari, quod verum est: ad 3. non dici in *d.* N. 23. *c.* 1. istud decendium appellationis interponendæ statim à recitatione sententiæ currere incipere, sed à sententia numerandum esse, unde infert *Hunn. ad Tr. d. l. q.* 16. *arg.* 3. palam esse quod dies assignationis termini in termino non debeat computari; ubi tamen *D. Hunnium* mirari, si non ridere, licebit: contra ipsum sic argumentari poteris: Si olim biduum vel triduum appellationis, statim ex die sententiæ latæ computandum erat, tanto magis hodie decendium istud, ratio conseq. per se est manifesta. Verum prius *per l.* 1. §. 5. *quand. appell.* Et si olim erat utile statim tempora ad appellandum computari, *d.l.* 1 §. 5. Quidni idem hodie utilissimum erit? maximè cum nunc intrà decem dierum spacium plenissimè quis deliberare possit

possit, *d. Num.* 23. *cap.* 1. quod certè anteà intra *biduum* non ita fieri potuisse constat, *d. l.* 1. §. 11. Et hinc etiam apparet, quoad dilationes diem *cœptum*, pro *completo*, habendum esse, quod observabis ad *argum*. 4. pro *negativa* allatum. Sanè quæ tempora *utile est statim* computari debere, ea etiam ab ipso momento & puncto assignationis factæ seu citationis insinuatæ, currere incipere, necesse est, sed tempora ad appellandum, ad comparendum, &c. utile est statim, &c. *d. l.* 1. §. 5. Ergo, &c. ab ipsa itaque die factæ assignationis tempus currere incipiet, atque ita ut loquimur, de momento in momentum, adeoque illa ipsa dies in terminum computabitur, & licet jam *cœpta* hæc dies sit, sicque quasi dimidiata videatur, attamen eam pro *integra* haberi utile est, *d. l.* 1. §. 5. nisi tamen quis ad *arg.* 3. supra positum conseq: negare velit, quod dilationes judiciales favorabiliores longe sint, ac legales, *arg. l.* 7. *ibi: utilitatis litigantium gratiâ: de feriis: Wesenbec. in parat. ibid n.* 13. *Menoch. arbitr. jud. cas.* 51. *n.* 5. *& seq.* Cæterum quomodo *distinguat* Costalius *d. lo.* videbis apud ipsum; ejus distinctionem quoque refert *Mindan. d. lo.* §. 5. sed addit, eam frivolam & nihili esse sibi videri: ipse igitur *distinguit* aliter, videlicet ut ejus diei pars non computetur, quæ antecessit citationis insinuationem, seu sententiæ pronunciationem, ast reliquum diei computetur, ita tamen ut in alterum in sequentem diem demum exeat, sicq; deinceps, quomodo dies termini factæ insinuationis, latæque sententiæ, &c. *respectivè* & computabitur, & non computabitur in termino: *computabitur*, scilicet pars diei reliqua, *non computabitur*, scilicet pars diei elapsa. Verum speciosa hæc sententia est, nescio tamen an Legibus subnixa, & vereor ne per eam dies *civilis* cum *naturali*, ac utriusque diei computatio confundatur, *V. Goed. ad l.* 2. §. 1. *n.* 7. *& per tot. d. V. S.* Quare posset magis *negantium* opinio placere, tum quod sit in *Camera* Imperiali usitatissima, teste *Minsing. d. lo.* tum quod & usu & consuetudine *curiarum* recepta, teste *Blarer. in l. diff. c.* 6. *n.* 129. *Tiraq. d. gl.* 11. *n.* 22. tum quod & hanc etiam *communem* esse testentur, *Vant. d. lo. Mynsing. d. lo.* tum denique quod & rationem optiam habeat, nimirum V. G. in citatione, cujus effectus cum etiam sit præscriptionem *interrumpere*, Mind. 3. *de process.* 5. §. 4. absurdum videbitur, istum effectum diei *interruptæ* adscribere velle: Non erit igitur ille ipse dies in termino numerandus, quo *citationis* processit executio: Sed tamen, ut scias, obtinet & verificatur etiam hæc quæstio in aliis casibus, V. G. ut si partibus præsentibus

mandatum esset, ut intra 30. dies acta ederent, simileve quid facerent, aut ut post trigesimum diem comparerent, in hisce quoq; dicimus illum ipsum diem quo vel mandata actorum editio, vel comparitio, aliudve quid à judice partibus injunctum fuerit, in termino non computandum; sed semper tam ipsius *decreti*, *mandati*, *sententia* latæ, quam *citationis* insinuatæ, diem assignato termino eximendum esse: atque hosce casus *citationis absentibus* insinuatæ, & comparitionis *præsentibus* mandatæ, separare quidem poteris, ne hic confundaris, ut tamen eorum eadem maneat decisio. Et in terminis casus posterioris disputat *Mynsing. d. lo.*

XLIII.

An duplex Ususfructus in jure nostro occurrat, & ille rectè dividatur in causalem & formalem? ubi explicatur. L. 4. de usufr.

VUlgò & verè dicitur: *qui benè distinguit, benè docet*: videamus igitur, an Dd. ita usumfructum benè distinguant adeoq; benè doceant: vulgata & trita quidem isthæc ususfructus divisio est, quam interpp: ad unum omnes, ut *sacrosanctam* receperunt, dicente *Coras. 5. Misc.* 3. sed quæ tamen nota commentitia sit, alienaque à JCtorum traditionibus, dicente *eodem d. lo. n. 2.* & alicui propius intuenti prorsus absurda, & ridicula esse videatur, dicente *Fabr. 15. conj. 8.* unde eam præter *Coras. & Fabr.* reprobant quoque *Conan. 4. Com. 3. Alciat. in l. 25. de V. S. Duaren. in l. 126. de V. O.* Sanè ea si ad vivum resecetur, vana fortè fuerit, docendi tamen gratia non omninò irridenda & explodenda, uti rectius inquit *Soarez in annot. ad Gomez. 2. res. 15. lit. B.* quare magis laudamus illos, qui distinctionem hanc adstruunt, quod præter *Gomez. d. lo* faciunt *Pinell. in L. 1. C. de bon. matern. p. 1. n. 9. Castillo de usufr. c. 1. num. 16. Wesenb. in parat. de usufr. n. 4. & plurimi alij*: qui omnes optimè ostendunt, duplicem usumfructum in jure nostro reperiri, cumq; sic rectè in causalem & formalem distingui; appellationes quidem hæ minus sunt elegantes, non omninò tamen absurdæ, *Busius ad l. 1 de usufr. num. 7.* ut nimium sint delicati, quorum aures hanc divisionem ferre nequeant: ubi de re constat, non admodum in verbis est laborandum: *V. in p. 1. quæst. acad. 41. & in hac p. 2. quæst. acad. 5.* Loquaris aliter, si malis, suppetunt nam,

eamque & termini alij; Dicas cum *Cujac. in L.* 58. *de V. O.* usumfructum alium esse nudum, alium plenum? seu cum *Hottoman. in L.* 2. *C. de usufr.* alium merum, alium mistum; seu alium separatum, alium conjunctum cum *Hillig. D. E.* 10. *c.* 2. *lit. E.* Ita tamen ut scias nos hic per *causalem* intelligere, ipsum usumfructum plenum, mistum proprietati, seu conjunctum; ast per *formalem* indigitare, usumfructum nudum, merum, seu separatum: *Causalis* itaque dicitur ideò, quod cum proprietate ut sua causa conjungatur; *Formalis* verò, quod per se à proprietate separatus consistat; unde illum *dominus* rei, seu proprietarius ex causa proprietatis consequitur, hunc autem habet *fructuarius.* Quamobrem usumfructum in *genere* sumptum sic definiemus: est jus utendi fruendi re aliqua, *salva* ejus substantia: (quæ verba omitti non debent, *V. Don.* 10. *com.* 2. *ferè in f.* neque enim qui dicitur *quasi ususfructus*, sub hac definitione *veri* ususfructus contineri debet,) prout igitur res illa, *propria* vel *aliena* erit, qua quis utitur fruitur, ita quoque causalem vel formalem usumfructum habere dicetur. Hinc *Formalis* definiri potest, jus *alienis* rebus utendi fruendi salva substantia, *l.* 1. *de usufr.* atque de hoc usufructu maximè agitur *in libro* 7. *Digestorum* ast *Causalis*, jus percipiendi fructus ex re *propriâ*, *arg. l.* 21. §. 3. *de except. rei jud.* ubi quæstio vertitur, quando dominus fundi possit usumfructum suum vindicare, *l.* 126. §. 1. *de V. O.* ubi ususfructus proprietatem comitari dicitur, *l.* 3. §. *pen. de reb. eor. qui sub tut.* ubi interdicitur pupillo, si proprietatem habeat, usumfructum vel usum alienandi potestas. *Ille* jure *servitutis* noster est, *l.* 1. *de servit.* ut proinde etiam alii non adeò malè, usumfructum *formalem* per genus, *servitutis*, definiant, ut *Treutl. vol.* 1 *disp.* 16. *th.* 1. *lit. A.* siquidem hic ususfructus formalis istius respectu, cui debetur, *jus* est, *d. l.* 1. *de usufr.* in qua igitur ususfructus relatione habitâ ad fructuarium definitur, ut benè explicat *Donell. d. c.* 2. respectu verò illius qui debet, *servitus* est, *d. l.* 1. *de servit.* tametsi hoc genus: *jus utendi fruendi*: retinere malimus, quam illud: *servitus utendi fruendi*: usurpare; incongruè enim dicitur *servitus utendi fruendi*, neq; enim servitus in utendo, sed in patiendo aut non faciendo, consistit; *l.* 15. §. 1. *de servit.* *Hic* autem noster est jure *proprietatis* *arg. d. l.* 125. §. 1. neq; enim causalis ususfructus servitus est, *Pinell. d. lo. n.* 9. quoniam est in re nostra: sua verò res nemini servit, *l.* 26. *de serv. præd. urban.* ubi igitur de usufructu [illegible]do seu *formali* loquimur, tantum rectè dicimus, nemini rem suam servire, exindeq; talē usumfr. ipsius rei domino

non competere, inferimus: scilicet omnis servitus est in re aliena, *d. l. 26. §. si usufr. pet.* attamen non omnis ususfructus servitus est, sed tantum, quem formalem dicimus, *d. l. 1. de servis.* non itaque potest domino suus fundus servire, *d. l. 5.* quoniam ususfructus iste semper separatus sit à dominio, cum autem ususfructus *causalis* servitus non sit, talem usumfructum dominus in re sua habere potest, *d. l. 126. §. 1. d. l. 21. §. 3.* unde hinc quod dissentientes objiciunt: *rem suam nemini servire:* hoc tantum, uti jam diximus, infertur in re propriâ nullum esse posse usumfr. *formalem*, non etiam hoc, neque in *eadem* esse posse usumfr. *causalem*, quippe cum hic servitus non sit, & ergo qui ususfructus servitus est, ille solum non potest esse in re propriâ, *d. l. 26. d. l. 5.*

Duplicem itaque in jure nostro occurrere usumfructum hinc satis constat, alium qui sit servitus personalis, *d. l. 1. de servit.* alium qui plenam proprietatem comitetur, & servitus non sit, *d. l. 21. §. 3. d. l. 126. §. 1.* cœterum an ideo ususfructus rectè in causalem & formalem dividatur, hoc magis dubitatur: Sane etsi multi prius illud concedant, hoc tamen minime: neque enim dicunt sequi; duplex occurrit in jure ususfructus; Ergo hæc distinctio pro genuinâ tanquam generis in species, totius in partes, venditari & accipi debet: Unde Alciatus *ad d. l. 25. num. 2.* dicit esse divisionem nominis; Connanus, *d. l. n. 6.* esse distinctionem vocis ambiguæ in sua significata, non vero debere nos ex divisione verbi, rei etiam ipsius divisionem, facere, neque distinctionem nominis ambigui cum rei ipsius *distributione* confundere, notissimum est. Itaque illi *ususfructus* vocabulum sic explicant, quod illud aut *latè* sumatur, pro quacunque *commoditate* percipiendi fructus, aut *strictè* pro ipso *jure* fruendi, & hinc ad supra *dictas LL.* respondent, in iis usumfructum *latè* poni, *V. Coras. d. l. n. 3.* Contrà hanc igitur nostram divisionem & sententiam ipsi sequentia urgent: 1. Hæc divisio est latior diviso: divisum enim: *ususfructus* est tantum in rebus alienis, *§. 1. I. de usufr. l. 1. ff. eod.* Verum hoc falsum est per *d. l. 21. §. 3. de exc. rei jud.* & licet ususfructus formalis, de quo in *d. t. I. & ff.* agitur, sit tantum in re aliena, non tamen inde efficietur, nullum alium esse posse in re propria, siquidem in *d. §. 1. & d. l. 1.* definitio speciei & quidem ususfr. formalis, non generis est; 2. Qui nobiscum statuunt, hi ipsi causalem, quem vocant, servitutem non esse concedunt, *Pinell. d. [illegible]* ac definitionem ususfr. in *d. §. 1. & d. l. 1.* illi non convenire, *Castr. d. lo. n. 34. & seq.* Ergo hæc

divisio

divisio vera & legitima esse nequit. Sed respondemus, nihilominus ei convenire definitionem ususfructus generici, & hoc sufficere, cui si addamus differentiam specificam: *rei propriæ*: perfectam speciei definitionem habemus, nimirum hujus ususfr. causalis. 3. Si quando ad proprietatem revertitur, ususfructus dicitur exstingui, §.3.*I. de usufr.* nullus potest esse ususfr. causalis qui jure proprietatis competat. *Faber.d.c.8.* sed negamus conseq. quod enim in rebus naturalibus accidit ubi interitus unius causam dat originis alteri, ita etiam hic, dum ususfructus formalis qui servitus est, ad proprietatem redit, & sic exstinguitur. *d.* §. 3. Alter quem causalem dicimus, constituitur & producitur, *d.l.21.* §.3. *in f. de exc. rei jud.* 4. Vult tamen *Faber.d.c.8.fere in fin.* docere, nullam omninò proprietatem esse, quæ aliquem usumfructum habeat conjunctum, tum per *l.78.pr. de Iur.dot.* & *l.63. de usufr.* tum quia ususfructus non nisi per separationem constituatur, hoc ipso autem quo separatur, fieri usumfructum, qui anteà non erat, ac conseq. non esse posse usumfr. aliquem causalem: Verum ille docuit hæc nimis confidenter, quippe quæ apertè convelluntur *d.l.21.* §. 3. & nunquid communiter & benè, proprietatem in *nudam & plenam* dispescimus, ut *nuda dicatur*, cui ususfr. absit, §.1. & *ult.I.de usufr.L.71.ff.eod.* Plena quæ eum habeat conjunctum *d.l.78.pr.de Iur.dot. L.10.19.de usufr. leg.* Et dicit Faber per separationem constitui usumfructum: sed an non constat eas demum res separari, quæ anteà fuere conjunctæ? itaque cum proprietate anteà fuit quidam ususfr. nimirum causalis, conjunctus, qui dum posteà ab eadem separatur (quomodo autem separari posset, si antea nullus exstitisset?) constituitur fructuario & ususfr. formalis esse incipit: atque hic ususfr. iterum certis modis exstingui & ad proprietatem redire, cumque ea conjungi & consolidari, potest, *d.* § 3.*I.de usufr.* Semper itaque generatio unius est alterius corruptio, & è contrà. Unde constat in *d. l. 78.* fundi domino usumfr. formalem duntaxat negari, *de d.l.63. dicemus in fine quæst.* 5. Inepta est hæc vox: causalis: quippe qua admissa fructuarium etiam usumfr. causalem habere dicendum erit, tum & illa ex justa aliqua causa semper utatur fruatur: inepta quoque est altera vox: Formalis: cum enim omne formale sit etiam causale, ita hæc distinctio tollet se ipsam, &c. Sed respondeo, vel debere te hasce voces in sano sensu & explicatu, quem in pr. quæst. aperuimus, accipere, vel posse iis abstinere, si mavis, & terminis supra positis æquivalentibus uti. Neque vero vox: formalis, hic sumitur, ut in Logicis,

quidem sed ob *impensas necessarias* V. G. in rem commodatam factas, olim quoque licitam fuisse, non etiam ob aliquod *debitum pecuniarium*, cum hæ impensæ quasi ipsi rei adhæreant, ejusque partem constituant, & tribuant impendenti jus in re, *arg. l. 38. de petit. hered. l. 5. de imp. in rei dot.* cum qua tamen debitum aliud, nihil commune habeat, *V. Cujac. 15. O. 12.* hoc enim ex *diversa* causa petitur, ast ipsæ impensæ ex eadem. Hoc itaque tuum esset probare, *jure veteri* etiam propter debitum pecuniarium possessorem potuisse, speciem aut corpus à domino petitum, retinere, quod nos negamus, & ut hodie retineri possit, noviter à Justin: sancitum esse dicimus. Et quidem ita, ut *hodie* actiones omnes etiam *in rem* vigore compensationis minuantur *ipso jure*, *d. l. fin.* Olim fieri quidem etiam retentio seu deductio poterat, sed non nisi *per exceptionem. Cujac. d. O. 12. Bach. ad Treutl. vol. 1. disp. 14. th. 19. lit. D.* hodie tamen eadem *ipso jure*, veluti compensatio fieri potest, ita ut *ipso jure* actio minuatur & denegetur, resq; possit retineri, *Cujac. d. O. 12.* cum quo tamen non existimamus, *propriè* dictæ compensationis naturam *per d. l. fin.* mutatam esse, *uti supra monuimus* sed id dicimus, Ex omnibus actionibus compensationes hodie *ipso jure* fieri, & hactenus nullam esse differentiam inter actiones in rem & personam, veruntamen actiones in personam vigore compensationis *propria*, in rem verò, vigore *impropria* minui, utrasque autem minui *ipso jure d. l. fin.* quomodo verò *in rem* actiones *ipso jure* minui dicantur, jam ante explicuimus, & hoc, ut hæ quoque ita minuerentur, noviter Justin: sanxit: adeoque ut retentio speciei pro quantitate hodie nomine compensationis, sed impropriæ, veniat.

Si nunc de *deposito* etiam quæratur, an deposito possit objici compensatio, [illegible] esse poterit responsio: nam *jure veteri* repetenti rem depositam si adhuc extabat, compensatio objici non poterat, *arg. Pauli. 2. sent. 12. ins. Gotofred. ad d. l. fin. C. de comp.* ut tamen hinc *Ravard. 1. var. 11.* parum causæ carpendi Justinianum habuerit, *V. Hilliger. D. E. 16. c. 15. lit. I.* quod si quis dolo malo rem depositam possidere desierit, quoniam eo casu succedit æstimatio, *olim* quoq; sicuti *re commodata* aut aliâ quavis deperditâ, compensatio fieri poterat; Et licet *interpp.* vulgo dicant *hodiè* tamen in *deposito*, æstimationem seu pecuniam, cum pecunia mutuo debita compensari non posse, adeoque *Iustin.* in *d. l. fin.* hactenus depositum excepisse, iis tamen in eo assentiri non debemus, per ea quæ jam ante ex *Don. & Arum.* disputavimus. Sane falsam esse regulam,

sum, quam interpp. illi ex d. l. fin. extruunt: nimirum, in actionibus in rem tunc saltem admitti compensationem quando re forte deperdita aut deteriorata, rei succedit æstimatio; jam ante ostendimus; tum quod idem jure veteri obtinuerit, adeoque id à Justin. noviter haud sancitum, tum etiam quod ita ille de casu rariori respondisset, &c. consequenter itaque falsa quoque erit exceptio isti regulæ ab Interpp. applicata, nimirum, nec in casu æstimationis, depositi actionem, compensationem admittere. Sed an Jure veteri in deposito impropria compensatio, quasi jure pignoris, locum habuerit? quod rectè existimamus, & insuper hoc dicimus, prout olim in commodato ob impensas omnimodo licita fuit quasi pignoris loco retentio per l. 15. §. fin. L. 59. de furt. l. 70. in fin. ibi Gotofr. de acq. poss. ita etiam in deposito. V. Schieferd. p. 1. tr. 1. q. 3 Bachov. ad Tr. vol. 1. disp. 26. th. 5. lit. c. ut adhuc hodie propter impensas in depositum factas restitutio depositi recusari possit, hoc siquidem expresse Jure novo mutatum non est, neque enim obstant d. l. fin. C. de comp. L. 11. C. depos. quoniam de compensatione loquuntur, & accipiendæ sunt, de ea retentione, quæ fit ex diversa causa, puta ob aliud aliquod debitum, jam verò impensæ necessariæ pars ipsius rei sunt, adeoq; ob ipsam rem debentur, confer quæ jam ante diximus, Dissentit Tr. d l. Arum. disp. 22. th. 16. Hunn. ad Tr. d. disp. 26. q. 7. Sicuti tamen nec olim in actione depositi, prout etiam ferè in aliis in rē actionibus, impropria compensatio quoad prædictum effectum, nimirum debitum ipso jure vel tollendi vel minuendi juxta d. l. 5. de imp. in res dot. locum habuit, ita neq; in eadem hodiè, per d. l. fin. C. de comp. in hac enim licet Justin. id quod antea in actione dotis fuerat specialiter receptum d. l. 5. ad alias omnes in rem actiones produxerit, attamen depositi actionem expresse excepit. Hodie igitur depositum repetenti, si exter, restituendum est, celerrimè, illicò, prima fronte, quam ocissimè L. 11. C. depos. neque ideò ipso Jure actio depositi ad tempus vel tollitur vel minuitur, hoc est, non suspenditur vel interim quiescit, ita ut deponens, quod forte debet, depositario prius exsolvere, priusquam depositam rem ille repetere, & hic restituere, teneatur. Quomodo satis apparet, quo casu depositi actio excepta fuerit, si de ratione exceptionis quæsiveris, scies non nisi apud amicum & intimè notum deponi, qui adeo salva fide & amicitia sub prætextu debiti & quidem ex diversa causa, depositam rem retinere non poterit, solet tamen quandoque etiam vicino & levi notitia conjuncto

juncto commodari, si quis nihilominus in commodato ex identitate rationis idem quod in deposito statuendum esse, velit, dixerim, ita quoque idem in quibusdam aliis in rem act. tentari posse, sed tamen contrà expressam mentem Justin. *per § 30. I. de act.* Ubi solam act. depositi excepit. Ut igitur concludamus, omnib. actionib. quibus Jure Veteri non poterat, compensationem objici posse, voluit Justin. in *d. l. fin.* Hodie sola actio depositi excepta est *d.* §. 30. Et quidem ita compensationes objiciuntur, ut actiones ipso jure minuant *d. l. fin d.* §. 30. quod sic intelliges ut debitor ipso jure minus vel nihil debere intelligatur, scilicet in compensatione propria, actiönum in personam; quantitatis cum quantite; Sed possessor in totum vel pro parte non debere videatur, priusquam ei de debito satisfactum fuerit, scilicet in compensatione impropria, actionum in rem, speciei cum quantitate, &c.

XXXXII.

Utrum Dies Termini computetur in Terminum?

QUæstionem hanc habet *Tr. vol. 1. disp. 4. th. 3. lit. f.* quam tamen vix satis ex ipso intelliges; parum etiam ad ipsam notavit Bachov. & fere eandem de suo nihil resolvit Hunnius ibid. Nihilominus magni momenti quæstio est; & usum habet varium in puncto emissi mandati, emanatæ citationis, concessæ dilationis, docendæ partitionis, actorum editionis, &c. atq; ea decidendum, quis contumax & emissi monitorii contemptor & propterea comminatæ pœnæ dignus habeatur, nimirum ille qui in termino mandatis inserto non paruit, & ergò de numeratione termini quærendum necessariò, ut illud sciri possit. Passim autem à Doctoribus de hoc quæsitum & disputatum fuit, quos bona fide videbis allegatos *ab Hillig D. E. 24. c. 6. lit. f. Quibus adde Guid. Pap. decis. 270 & ibi in annot Ranch Socin. in fallent. reg. 124. V ant. tit. de def. ex nullo jurisd. n.* 290. Distinctè verò præ aliis & explicatè quæstionem hanc proposuit, *Mindan. lib. 2. de mand.* 18. Hoc siquidem expeditum est, ultimum diem semper in termino computari *L. 30. §. 1. de adult. l. 1. §. 9. de success. edict. Mindan. d. lo.* §. 1. etiam satis hoc liquet, quid juris sit, si quis V. C. citetur, daß er den 20. Maii / oder den 30. nach diesem/ id est, à dato, vel hoc modo: Daß er den 10. nach Vberantwortung dieses Brieffes erscheine: His enim casi-

enim casibus de die comparitionis nihil esse potest scrupuli *Mindan. d. lo.* §. 3. Verum in eo est scrupulus maximus, si quis simpliciter vocetur, ut intra 30. dies compareat, Wir heischen und laden dich/ daß du innerhalb dreissig Tagen erscheinest: ubi terminus 30. dierum simpliciter & ita dubiè adsignatur, & de hoc jam quæritur. Diximus antea diem ultimum semper in termino computari, certum itaq; est, hoc casu, diem 30. utpote ultimum, in termino partitionis computari debere, hæc siquidem est natura vocis: intra: ut includat totum illud spacium, atque extremum numeri *l. 133. ibi Gœdd. n: 3. de V. S.* certum quoq; hoc nobis esse videtur, non à tempore decretæ & expeditæ citationis, sed insinuatæ & executæ demum illos 30. dies currere, adeoq; incipere numerationem non à tempore quo data & subscripta fuerit citatio, sed quo eadem à nuncio Dem Gerichts Boten/ citato præsentata & notificata *Costal ad l. 1. si quis cautien. & Mindan. d. l. §. 4.* à notitia itaque & scientia citati, hi 30. dies numerandi sunt, *L. 1. § fin. quand. apell.* quomodo enim ignorans & se vocatum esse nesciens, contumax & pœnæ comminatæ dignus videri posset, *l. 6. de calumn.* verius itaque erit ex eo hosce 30. dies numerari, ex quo cognovit *d. l. 6.* cæterum jam in hoc controversia hæret, utrum *is ipse dies* quoq; computandus & numerandus sit, quo citationis executio processit, & nuncius eam citato insinuavit? Alii negant hunc diem insinuatæ citationis in terminum 30. dierum computandum esse, *Tr. d. lo. Minsing. c. O. 15* Alii vero affirmant, ut *Bach. ad Tr. d. l. & quos prolixè refert Tirak. de retr. lig. §. 1 gl. 11. n. 20.* Alii distinguunt, ut *Costal. d. l. & Mindan. d. l. §. 6.* Qui negant hæc habent fundamenta, 1. *in L. 1. si quis caut. in iud. sist. ibi, præter eum diem quo cautum promittitur*, Et ergò etiam præter eum diem quo citatio insinuatur. 2. In *c. 1. ibi, intrà 15. dierum spacium. de restit. spoliat. in 6. & c. 1. de except. in 6. ibi, intra octo dierum*, Quæ capitula apertè probant, diem assignationis non computari in terminum. 3. In *l. 41. in fine prin. de V. O. ibi, actum videri de sequentibus Kalendis*, & ergo quoque termini adsignatio de diebus sequentibus proxima facta videbitur *Minsing. d. O 15 n. 2.* 4. Dies cœpta, dimidia vel interrupta, non nisi in favorabilibus pro completa integraq; habetur, *L. 5 & ibi Dd. qui testam. fac poss V. Gotofr. ad l. 3. §. 3. de minor.* Et ergo his in casibus, quibus de contumacia & pœna agitur, solum dies pleni & integri, non quasi dimidiati, computandi erunt. Ad quæ argumenta posset tamen breviter responderi, & quidem ita ad 1. casum *in d. l. 1. si quis caut.* singularem esse, neque ideo huc applicari posse, vel aliás,

cum

cum etiam ibi dicatur, neque diem eum, in quem sisti oportet, in terminum computari debere, inde inferri posset, nec diem ultimum in nostro casu in termino paritionis computandum esse, *contra d.l.* 30. §. 1. *de adult. d.l.* 1. §. 9. *de succ. edict.* satis igitur apparet hæc *in d.l.* 1. specialiter quasi ex æquitate recepta esse. Ad 2. *ex dd cap.* posse ferè contrarium inferri, quippe in iis casus isti sunt excepti, adeoq; firmant regulam in contrarium: Ad 3. in casu *d.l.* 41. hanc stipulationem ; *Kalendis dabis* : non nisi de primis *Kalendis sequentibus* intelligi debuisse *arg. l.* 39 *de pact.* Ad 4. diem quidem insinuationis non debere in totum pro completo haberi, sed tamen exinde tempus currere incipere, adeoque tantum partem reliquam ejus diei computari, prout juxtà distinctionem *Mind. d.* 1. responderi possett. Qui affirmant hæc adferunt argumenta, 1. Tempus de momento in momentum computari debet, *d.l.* 3. §. 3. *de minorib.* Et ergò quoque ipse dies assignationis computandus venit. 2. Pro affirmativâ hac plures Leges adducit *Gœdd ad d.l.* 133. *n.* 2. ubi videbis. 3. Dilationes legales statim incipiunt currere *arg. N.* 23. *c.* 1. *ibi, posse intrà decem dierum spatium à recitatione sententia numerandum appellationes offerri* : Ergò etiam dilationes judiciales, cum præsertim dilationes omnes strictissimè sint accipiendæ *V. Minsing. d.l. n.* 3. Ad hæc tamen potest paucis sic responderi : ad 1. verum quidem esse tempus de momento in momentum computari debere, sed scilicet, ubi prius currere cœpit, jam vero hic quæritur, an ob ipso puncto seu momento insinuationis factæ, an vero à die sequenti demum tempus currere incipiat; & cum prius illud negetur, sequitur etiam non posse tempus hoc inde computari : Ad 2. ex adductis à *Gœdd.* Legibus, aliquas nihil obstare, aliquas hoc saltem probare, diem ultimum in termino computari, quod verum est : ad 3. non dici in *d. N.* 23. *c.* 1. istud decendium appellationis interponendæ statim à recitatione sententiæ currere incipere, sed à sententia numerandum esse, unde infert *Hunn. ad Tr. d. l. q.* 16. *arg.* 3. palam esse quod dies assignationis termini in termino non debeat computari ; ubi tamen *D. Hunnium* mirari, si non ridere, licebit: contra ipsum sic argumentari poteris : Si olim biduum vel triduum appellationis, statim ex die sententiæ latæ computandum erat, tanto magis hodie decendium istud, ratio conseq. per se est manifesta. Verum prius *per l.* 1. §. 5. *quand. appell.* Et si olim erat utile statim tempora ad appellandum computari, *d.l.* 1 §. 5. Quidni idem hodie utilissimum erit? maximè cum nunc intrà decem dierum spacium plenissimè quis deliberare

possit

possit, *d. Num.* 23. *cap.* 1. quod certè anteà intra *biduum* non ita fieri potuisse constat, *d. l.* 1. §. 11. Et hinc etiam apparet, quoad dilationes diem *cœptum*, pro *completo*, habendum esse, quod observabis ad *argum.* 4. pro *negativa* allatum. Sanè quæ tempora *utile* est *statim* computari debere, ea etiam ab ipso momento & puncto assignationis factæ seu citationis insinuatæ, currere incipere, necesse est, sed tempora ad appellandum, ad comparendum, &c. utile est statim, &c. *d. l.* 1. §. 5. Ergo, &c. ab ipsa itaque die factæ assignationis tempus currere incipiet, atque ita ut loquimur, de momento in momentum, adeoque illa ipsa dies in terminum computabitur, & licet jam *cœpta* hæc dies sit, sicque quasi dimidiata videatur, attamen eam pro *integra* haberi utile est, *d. l.* 1. §. 5. nisi tamen quis ad *arg.* 3. supra positum conseq: negare velit, quod dilationes judiciales favorabiliores longe sint, ac legales, *arg. l.* 7. *ibi: utilitatis litigantium gratia: de feriis: Wesenbec. in parat. ibid n.* 13. *Menoch. arbitr. jud. cas.* 51. *n.* 5. *& seq.* Cœterum quomodo *distinguat* Costalius *d lo.* videbis apud ipsum; ejus distinctionem quoque refert *Mindan. d. lo.* §. 5. sed addit, eam frivolam & nihili esse sibi videri: ipse igitur *distinguit* aliter, videlicet ut ejus diei pars non computetur, quæ antecessit citationis insinuationem, seu sententiæ pronunciationem, ast reliquum diei computetur, ita tamen ut in alterum in sequentem diem demum exeat, sicq; deinceps, quomodo dies termini factæ insinuationis, latæque sententiæ, &c. *respectivè* & computabitur, & non computabitur in termino: *computabitur*, scilicet pars diei reliqua, *non computabitur*, scilicet pars diei elapsa. Verum speciosa hæc sententia est, nescio tamen an Legibus subnixa, & vereor ne per eam dies *civilis* cum *naturali*, ac utriusque diei computatio confundatur, *V. Goed. ad l.* 2. §. 1. *n.* 7. *& per tot. d. V.* 8. Quare posset magis *negantium* opinio placere, tum quod sit in *Camera* Imperiali usitatissima, teste *Minsing. d. lo.* tum quod & usu & consuetudine *curiarum* recepta. teste *Blarer. in l. diff. c.* 6. *n.* 129. *Tiraq. d. gl.* 11. *n.* 22. tum quod & hanc etiam *communem* esse testentur, *Vant. d. lo. Mynsing. d. lo.* tum denique quod & rationem optimam habeat, nimirum V. G. in citatione, cujus effectus cum etiam sit præscriptionem *interrumpere*, Mind. 3. *de process.* 5. §. 4. absurdum videbitur, istum effectum diei *interruptæ* adscribere velle: Non erit igitur ille ipse dies in termino numerandus, quo *citationis* processit executio: Sed tamen, ut scias, obtinet & verificatur etiam hæc quæstio in aliis casibus, V. G. ut si partibus præsentibus

mandatum esset, ut intra 30. dies acta ederent, simileve quid facerent, aut ut post trigesimum diem comparerent, in hisce quoq; dicimus illum ipsum diem quo vel mandata actorum editio, vel comparitio, aliudve quid à judice partibus injunctum fuerit, in termino non computandum; sed semper tam ipsius *decreti*, *mandati*, *sententia* latæ, quam *citationis* insinuatæ, diem assignato termino eximendum esse: atque hosce casus *citationis absentibus* insinuatæ, & comparitionis *præsentibus* mandatæ, separare quidem poteris, ne hic confundaris, ut tamen eorum eadem maneat decisio. Et in terminis casus posterioris disputat *Mynsing. d. lo.*

XLIII.

An duplex Usufructus in jure nostro occurrat, & ille rectè dividatur in causalem & formalem? ubi explicatur. L. 4. de usufr.

VUlgò & verè dicitur: *qui benè distinguit, benè docet*: videamus igitur, an Dd. ita usumfructum benè distinguant adeoq; benè doceant: vulgata & trita quidem isthæc ususfructus divisio est, quam interpp: ad unum omnes, ut *sacrosanctam* receperunt, dicente *Coras. 5. Misc. 3.* sed quæ tamen nota commentitia sit, alienaque à JCtorum traditionibus, dicente *eodem d. lo. n. 2.* & alicui propius intuenti prorsus absurda & ridicula esse videatur, dicente *Fabr. 15. conj. 8.* unde eam præter *Coras. & Fabr.* reprobant quoque *Conan. 4. Com. 3. Alciat in l. 25. de V. S. Duaren. in l. 126. de V. O.* Sanè ea si ad vivum resecetur, vana fortè fuerit, docendi tamen gratia non omninò irridenda & explodenda, uti rectius inquit *Soarez. in annot. ad Gomez. 2. res. 15. lit. B.* quare magis laudamus illos, qui distinctionem hanc adstruunt, quod præter *Goviez. d. lo* faciunt *Pinell. in L. 1. C. de bon. matern. p. 1. n. 9. Castillo de usufr. c. 1. num. 16. Wesenb. in parat. de usufr. n. 4. & plurimi alij*: qui omnes optimè ostendunt, duplicem usumfructum in jure nostro reperiri, eumq; sic rectè in causalem & formalem distingui; appellationes quidem hæ minus sunt elegantes, non omninò tamen absurdæ, *Busius ad l. 1 de usufr. num. 7.* ut nimium sint delicati, quorum aures hanc divisionem ferre nequeant: ubi de re constat, non admodum in verbis est laborandum: *V. in p. 1. quæst. acad. 42. & in hac p. 2. quæst. acad. 5.* Loquaris aliter, si malis, suppetunt

nam,

namque & termini alij; Dicas cum *Cujac. in L.* 58. *de V. O.* usumfructum alium esse nudum, alium plenum? seu cum *Hottoman. in L.* 2. *C. de usufr.* alium merum, alium mistum; seu alium separatum, alium conjunctum cum *Hillig. D. E.* 10. *c.* 2. *lit. E.* ita tamen ut scias nos hic per *causalem* intelligere, ipsum usumfructum plenum, mistum proprietati, seu conjunctum; ast per *formalem* indigitare, usumfructum nudum, merum, seu separatum: *Causalis* itaque dicitur ideò, quod cum proprietate ut sua causa conjungatur; *Formalis* verò, quod per se à proprietate separatus consistat; unde illum *dominus* rei, seu proprietarius ex causa proprietatis consequitur, hunc autem habet *fructuarius*. Quamobrem usumfructum in *genere* sumptum sic definiemus: est jus utendi fruendi re aliqua, salva ejus substantia: (quæ verba omitti non debent, *V. Don.* 10. *com.* 2. *ferè in f.* neque enim qui dicitur *quasi ususfructus*, sub hac definitione *veri* ususfructus contineri debet,) prout igitur res illa, *propria* vel *aliena* erit, qua quis utitur fruitur, ita quoque causalem vel formalem usumfructum habere dicetur. Hinc *Formalis* definiri potest, jus *alienis* rebus utendi fruendi salva substantia, *l.* 1. *de usufr.* atque de hoc usufructu maximè agitur *in libro* 7. *Digestorum* ast *Causalis*, jus percipiendi fructus ex re *propriâ*, *arg. l.* 21. §. 3. *de except. rei jud.* ubi quæstio vertitur, quando dominus fundi possit usumfructum suum vindicare, *l.* 126. §. 1. *de V. O.* ubi ususfructus proprietatem comitari dicitur, *l.* 3. §. *pen. de reb. eor. qui sub tut.* ubi interdicitur pupillo, si proprietatem habeat, usumfructum vel usum alienandi potestas. *Ille* jure *servitutis* noster est, *l.* 1. *de servit.* ut proinde etiam alii non adeò malè, usumfructum *formalem* per genus, *servitutis*, definiant, ut *Treutl. vol.* 1. *disp.* 16. *th.* 1. *lit. A.* siquidem hic ususfructus formalis istius respectu, cui debetur, *jus* est, *d. l.* 1. *de usufr.* in qua igitur ususfructus relatione habitâ ad fructuarium definitur, ut benè explicat *Donell. d. c.* 2. respectu verò illius qui debet, *servitus* est, *d. l.* 1. *de servit.* tametsi hoc genus: *jus utendi fruendi*: retinere malimus, quam illud: *servitus utendi fruendi*: usurpare; incongruè enim dicitur *servitus utendi fruendi*, neq; enim servitus in utendo, sed in patiendo aut non faciendo, consistit, *l.* 15. §. 1. *de servit.* *Hic* autem noster est jure *proprietatis* *arg. d. l.* 125. §. 1. neq; enim causalis ususfructus servitus est, *Pinell. d. lo. n.* 9. quoniam est in re nostra: sua verò res nemini servit, *l.* 26. *de serv. præd. urban.* ubi igitur de usufructu [illegible]do seu *formali* loquimur, tantum rectè dicimus, nemini rem suam servire, exindeq; talẽ usumfr, ipsius rei domino

non competere, inferimus: scilicet omnis servitus est in re aliena, *d. l. 26. §. 5. si usufr. pet.* attamen non omnis ususfructus servitus est, sed tantum, quem formalem dicimus, *d. l. 1. de servit.* non itaque potest domino suus fundus servire, *d. l. 5.* quoniam ususfructus iste semper separatus sit à dominio, cum autem ususfructus *causalis* servitus non sit, talem usumfructum dominus in re sua habere potest, *d. l. 126. §. 1. d. l. 21. §. 3.* unde hinc quod dissentientes objiciunt: *rem suam nemini servire:* hoc tantum, uti jam diximus, infertur in re *propriâ* nullum esse posse usumfr. *formalem*, non etiam hoc, neque in *eadem* esse posse usumfr. *causalem*; quippe cum hic servitus non sit, & ergo qui ususfructus servitus est, ille solum non potest esse in re propriâ, *d. l. 26. d. l. 5.*

Duplicem itaque in jure nostro occurrere usumfructum hinc satis constat, alium qui sit servitus personalis, *d. l. 1. de servit.* alium qui plenam proprietatem comitetur, & servitus non sit, *d. l. 21. §. 3. d. l. 126. §. 1.* cœterum an ideo ususfructus rectè in causalem & formalem dividatur, hoc magis dubitatur: Sane etsi multi pr[illegible]s illud concedant, hoc tamen minime: neque enim dicunt sequi; du[illegible]plex occurrit in jure ususfructus; Ergo hæc distinctio pro genuinâ ta[illegible] quam generis in species, totius in partes, venditari & accipi debet. Un[illegible]e Alciatus *ad d. l. 25. num. 2.* dicit esse divisionem nominis; Conanus, *[illegible] lo. n. 6.* esse distinctionem vocis ambiguæ in sua significata, non ve[illegible]o debere nos ex divisione verbi, rei etiam ipsius divisionem, facere, n[illegible]eque *distinctionem* nominis ambigui cum rei ipsius *distributione* confund[illegible]re, notissimum est. Itaque illi *ususfructus* vocabulum sic explicant, [illegible]uod illud aut *latè* sumatur, pro quacunque *commoditate* percipiendi f[illegible]uctus, aut *strictè* pro ipso *jure* fruendi, & hinc ad supra *dictas LL.* respondent, in iis usumfructum *latè* poni, *V. Coras. d. l. n. 3.* Contrà hanc igitur nostram divisionem & sententiam ipsi sequentia urgent: 1. Hæc divisio est latior diviso: divisum enim: *ususfructus:* est tantum in rebus alienis, *§. 1. I. de usufr. l. 1. ff. eod.* Verum hoc falsum est per *d. l. 21. §. 3. de exc. rei jud.* & licet ususfructus formalis, de quo in *d. t. I. & ff.* agitur, sit tantum in re aliena, non tamen inde efficictur, nullum alium esse posse in re propria, siquidem in *d. §. 1. & d. l. 1.* definitio speciei & quidem ususfr. formalis, non generis est; 2. Qui nobiscum statuunt, hi ipsi causalem, quem vocant, servitutem non esse concedunt, *Pinell. d[illegible]9.* ac definitionem ususfr. in *d. §. 1. & d. l. 1.* illi non convenire, *Cast[illegible] d. lo. n. 34. & seq.* Ergo hæc

divisio

divisio vera & legitima esse nequit. Sed respondemus, nihilominus ei convenire definitionem ususfructus generici, & hoc sufficere, cui si addamus differentiam specificam: *rei propria*: perfectam speciei definitionem habemus, nimirum hujus ususfr. causalis. 3. Si quando ad proprietatem revertitur, ususfructus dicitur exstingui, §.3.*I. de usufr.* nullus potest esse ususfr. causalis qui jure proprietatis competat. *Faber.d.c.8.* sed negamus conseq. quod enim in rebus naturalibus accidit ubi interitus unius causam dat originis alteri, ita etiam hic, dum ususfructus formalis qui servitus est, ad proprietatem redit, & sic exstinguitur. *d.* §. 3. Alter quem causalem dicimus, constituitur & producitur, *d.l.*21.§.3. *in f. de except. rejud.* 4. Vult tamen *Faber d.c.*8.*fere in fin.* docere, nullam omninò proprietatem esse, quæ aliquem usumfructum habeat conjunctum, tum per *l.*78.*pr. de Idot.* & *l.* 63. *de usufr.* tum quia ususfructus non nisi per separationem constituatur, hoc ipso autem quo separatur, fieri usumfructum, qui antea non erat, ac conseq. non esse posse usumfr. aliquem causalem: Verum ille docuit hæc nimis confidenter, quippe quæ apertè convelluntur *d.l.* 21. §. 3. & nunquid communiter & benè, proprietatem in *nudam & plenam* dispescimus, ut *nuda dicatur*, cui ususfr. absit, §.1. & *ult.I.de usufr.* L.7 1.*ff.eod.* Plena quæ cum habeat conjunctum *d.l.*78.*pr. de Iur.dot.* L.10:19.*de usufr. leg.* Et dicit Faber per separationem constitui usumfructum: sed an non constat eas demum res separari, quæ antea fuere conjunctæ? itaque cum proprietate antea fuit quidam ususfr. nimirum causalis, conjunctus, qui dum postea ab eadem separatur (quomodo autem separari posset, si antea nullus exstitisset?) constituitur fructuario & ususfr. formalis esse incipit: atque hic ususfr. iterum certis modis exstingui & ad proprietatem redire, cumque ea conjungi & consolidari, potest, *d.* § 3.*I.de usufr.* Semper itaque generatio unius est alterius corruptio, & è contrà. Unde constat in *d. l.* 78. fundi domino usumfr. formalem duntaxat negari, *de d.l.*63.*dicemus in fine quaest.* 5. Inepta est hæc vox: causalis: quippe qua admissa fructuarium etiam usumfr. causalem habere dicendum erit, tum & illa ex justa aliqua causa semper utatur fruatur: inepta quoque est altera vox: Formalis: cum enim omne formale sit etiam causale, ita hæc distinctio tollet se ipsam, &c. Sed respondeo, vel debere te hasce voces in sano sensu & explicatu, quem in pr. quæst. aperuimus, accipere, vel posse iis abstinere, si mavis, & terminis supra positis æquivalentibus uti. Neque vero vox: formalis, hic sumitur, ut in Logicis,

quatenus forma eſt etiam cauſa, ſed pro modo quodam utendi fruendi à proprietate ſeparato. 6. Conanus tamen *d.l.n.6.* contra vocem: cauſalis, hoc urget, quod ſi cauſalis uſusfr. dicatur, quod cauſam à domino ducat, quomodo appellabimus eum uſumfr. quem habent bſpoſſeſſores, &c. Verum facilè ei ſatisfieri poteſt, & quidem ex ſeipſo: dicit enim bſpoſſeſſores ad dominorum vicem quàm proximè accedere, *L.48. de acquir. rer. dom.* & ergo quare non cauſalem uſumfr. ad dominorum vicem haberent? Manet igitur legalem & tolerabilem hanc eſſe uſusfructus diviſionem: pro qua inſuper hoc notabis argumentum. Diviſio ſejungit ea, quæ conjuncta ſunt, quæcunq; igitur unita prius fuerunt, rectè dividuntur; *V. Taurell. 2. Alp. Caſ. q. 2. n. 5. & 4. Alp. Caſ. q. 7. n. 13.* jam vero unita prius fuerunt, uſusfructus & proprietas, hæc ideo plena dicitur, ille autem cum eâ conſolidari *ſuprà dd. LL. in arg. 4.* Ergo rectè dividuntur: & quidem realiter: omnia namq; quæ ſeparari poſſunt, realiter diſtinguuntur, *Phil. l. 4 dial.* Sed uſusfructus à proprietate ſeparari poteſt: Uti jam ante diximus: Ergò, &c. quoniam vero quidem uſusfr. proprietati conjunctus eſt, vel quædam proprietas ab uſufr. non ſeparata, *d. l. 78. pr. de Idot.* ille uſusfr. autem formalis ſeu nudus, non ſit, uti conſtat, adhuc alium quendam uſumfr. dari conſequitur, qui proprietati miſtus & cauſalis eſt. Quomodo vides duplicem dari uſumfr. & alterum à proprietate ſeparari, alterum ei conjungi, & ergo utrumque dividi & diſtingui poſſe realiter, atq; ita diviſione rei. Poſſet obiter hoc argumentum addi: quod meum non eſt, ad alios transferre non poſſum. *L. 54. de R. I.* Sed poſſum alteri uſumfructum conſtituere, *§. 2. I. de uſufr.* Et ergo ipſum anteà me habuiſſe neceſſe eſt: non autem formalem, cum hic ſervitus ſit, at res ſua nemini ſerviat. *dd. LL.* ſed quem diximus, cauſalem; atqui jam inquies cum *Fabro d. lo.* poſſe quidem te in alium transferre uſumfructũ ſed tamen dici, te transferre id quod tuum non ſit, *per d. l. 63. de uſufr.* Verum reſpondemus, aliud eſſe poſſe transferri id quod noſtrum nondum eſt, *d. l. 63. juncta L. 55. ff. eod.* aliud non poſſe transferri id quod noſtrum non eſt: *d. l. 54.* & falſus eſt *Faber*, dicens neceſſario *g. l. 63.* intelligendam eſſe de domino *plenæ proprietatis*, quem ideo refutabis ex *Don. 10. com. 3. in m.* qui *d. l.* benè explicat *de nuda proprietatis domino.*

Quibus jam ita ut veris præmiſſis, facilis eſt explicatio *l. 4. de uſuf.* aliarumque, in quibus aſſeritur, uſumfructum eſſe partem dominii, nimirum in omnibus textibus illis uſumfructum pro jure ſumi, quod cuiq;

Jure ſuo

in re sua est, quod jus *Interpp. supra citati* usumfructum *causalem* dixere, *V. Mercer. in conciliat. suo. Don. 9. com. 9. ibiq; ab Hillig. in not. lit. t. plures citatos.* Ususfructus planè & proprietas sunt quasi partes integrantes dominii, *L. 10. l. 19. de usufr. leg.* ususfructus scilicet *causalis* qui se habet ad dominium, sicuti pars principalis ad totum &c. *V. Hottoman. ad d. L. 2. C. de usufr.* & ergò rectè partis nomen obtinet, parsq; ita dominij dicitur *d. l. 4.* atquin inquies, in *d. hac L. 4. dici multis casibus* usumfr. esse partem dominij, sed tamen usumfr. causalem *omnibus casibus* dominij partem esse; quoniam perpetuò proprietati conjunctus sit, *uti supra diximus.* Verum benè respondet *Donell. d. c. 9. §. tertia dominii pars est*, ideo dici: *multis casibus* quoniam & multis modis à proprietate possit separari *§. 1. I. de usufr. V. Hunn. in res. Inst. lib. 2. tr. 2. q. 21.*

XLIV.

Quænam commodatario competat actio, & an ejus sit electio, si precio rei commodatæ soluto, res ipsa postmodum in potestatem commodantis redierit?

SI commodatarius rem commodatam culpâ suâ perdiderit, aut furto fortassis amiserit, ut in *l. 21 ff. commod.* ideoque directa commodati actione conventus ejus æstimationem commodanti persolverit, sed tamen ea res postmodum in potestatem commodantis redierit, dubitatur quænam actio commodatario, qui jam antè ejus rei æstimationem solverat, hoc casu competere possit? Et notat *Gotof. ad l. 17. §. fin. ff. eod.* commodatario tres actiones hic competere: ad ipsam rem commodatam, actionem in rem utilem, ad æstimationem seu precium solutum condictionem sine causa, ad rem vel æstimationem alternativè, actionem commodati contrariam, *vide Gotofr. d. lo.* Sed an in hoc casu rei vindicatio commodatario competat, dubio carere non videtur, etenim cum commodatarius, nec dominus, nec possessor unquam fuerit, sed nudus detentator, *l. 9. in fin. de rei vind.* quomodo rem vindicare poterit? *L. 23. ff. eod.* ipse quidem *Gotofr. d. l.* pro se adducit *L. 63. de rei vindic.* quem in eo quoque sequitur *Tr. vol. 1. disp. 24 th. 4 lit. d. in fin.* qui ex *d. l. 63.* sic voluit inferre; Qui litis æstimationem exsolvit, ei utilis in rem actio accommo-

datur, quæ etiam adversus ipsum petitorem, si res ad eum pervenerit, uti possit *d. l. 63.* sed commodatarius noster æstimationem exsolvit: *vel ita*: æstimatione litis res vendita videtur, adeoque eam solvens fit rei dominus *d. l. 63.* domino autem vindicatio rei suæ conceditur, & ergo etiam ipsi commodatario: Verum facile respondetur, si qui litis æstimationem solverit, etiam possessor fuerit, tunc quidem ei in rem actionem accommodari *d. l. 63.* quæ loquitur de possessore solvente æstimationem: *ibi in pr. possessionem amiserit*: Sed commodatarius possessor non fuit: prout igitur quisvis litis æstimationem solvens, dominus non fit, ita neque etiā quævis æstimatio citrà conventionem, super ipsa æstimatione factam venditionem inducit, *arg. l. 1. in f. de æstimat. adde Bach. in not. ad Tr. d. l.* Ponamus tamen etiam in præsenti casu actionem in rem utilem competere posse, adeoq; harum trium actionum electionem, nimirum quanam experiri velit, commodatarium habere, ac per consequens jus quoq; eligendi, an rem ipsam, vel ejus æstimationem habere velit, prout actionū harum electionem commodatario concedit, & exinde ad rei vel precii electionem concludit *Gotofr. d. l.* Sane uti diximus hoc ita in gratiam *Gotofredi* præsupponamus posse commodatarium hisce tribus supradictis actionibus uti, & quidem intendendo actionem in rem efficere, ut præcise rem consequatur, vel instituendo condictionem sine causa, ut æstimationem seu precium recipiat: de tertia tamen remanebit dubium, quid enim si agatur actione commodati contraria? cum enim dicit *Gotofredus* eam esse de re commodata & ejus æstimatione alternativè; Idcirco videndum erit, hac actione à commodatario instituta, cujus tum sit futura electio inter rem & æstimationem? Et respondemus contrà ipsum *Gotofredum & Treutl. d. l.* quem jejune sequitur *Hunn. ibid.* electionem simpliciter esse commodantis; quod regulariter in alternativis debitoris sit electio, *L. 10. §. fin. ubi vide Gotofr. contrà se ipsum, de Idot. c. 70. de R. I. in 6.* atqui commodans debitoris vices instituta actione à commodatario sustinet. Ergo &c. atque hoc ipsum eligendi jus commodanti satis perspicuè attribuitur in *l. 17. §. fin. commod.* in quo verba: *præstare, reddere*: non ad commodatarium, sed omnino ad commodantem referuntur, siquidem hunc & rem ipsam & rei precium simul habere præsupponimus: Quare etiam aut rem præstare, aut precium reddere poterit: & ut alterutrum commodatarius habeat, ideo contrario judicio experitur. Si nunc pro *Gotofredo* dicere volueris, commodatarium contraria

traria commodati actione vel *tantum* rem ipsam, vel si magis placuerit, *tantum* precium, petere & in judicium deducere, atque ita adhuc ab electione commodantem excludere posse, cum condemnatio debeat petioni conformis esse: *V. l. fin. C. de fideic. libert.* ideò replicabimus tibi, taliter actionem istam instituere, sive separatim alterutrum petere haud licere, quoniam commodans, uti est *in d. l.17. §. fin.* contrario judicio conventus, aut rem præstare debet, aut quod accepit reddere, ut ei proinde arbitrium restituendi, utrum velit, per alterutrius petitionem interverti nequeat, cœteroquin commodatarius *plus causâ* petere intelligetur, *§.33. I. de act.* Et ergò, ubi *commodatarius* secundum naturam actionis *commodati contraria* alternativè precium vel rem ipsam sibi dari petierit, ex parte ejus amplius electioni non est locus. Manet itaq; *commodantis* arbitrio relinqui oportere, utrum ipse solvere malit. Verum adhuc pro *Gotofr.* posset regeri facilè ita commodatarium actionem hanc commodati omittere, & prout vel rem vel precium habere maluerit, ipsum vel actione in rem vel condict. sine causa, agere posse, atque sic sibi eligendi jus conservare, & ab eo commodantem excludere. Quare fermè esset ut superius *præsuppositum* falsitatis arguerem, diceremq; *quacunque* actione instituta arbitrium restituendi, quod velit, *commodanti* concedendum esse, tum quod etiam ita sentiant *Br. & Salycet. in d. l. 17. §. fin. commod.* tum quod superior ratio & regula: *in alternativis debitorem eligere:* semper hic militet. Et ergò licet *condictionem sine causa* commodatarius instituisset, æquius tamen erit, commodantem offerentem ipsam rem audiri, fortè quod, precio dudum consumto, rem restituere citius & facilius possit, quam etiam tanto magis commodatarius accipere debeat, cum uti *Tr. d. lo.* voluit, ei ipsa hæc res commodata per litis æstimationem vendita videatur. Cœterum cum hoc idem eligendi jus, *rei vindicatione* institutâ, commodanti vix aut ne vix concedi possit, juxta *Castrens. in d. l. 17. § fin.* ut tamen superior regula, & hæc nostra sententia citrà limitationem vera permaneat, posset tentari, in hoc nostro casu rei vindicationem commodatario non competere, *secundum ea quæ suprà diximus* : & sufficiet, posse commodatarium *contrario judicio* suum recipere, damnumque omne effugere. Atque etiam nobis hæc sufficiant.

XLV. XLVI.

Utrum beneficio L. un. C. quand. imp. int. pupill. *miserabiles renunciare possint, & quæ tales personæ sint?*

REgulare jus est quemcunque, cum quo actio est, conveniendum esse coram judice suo, hinc illud; *actor forum rei sequi debet*: *L. fin. C. ubi in rem actio*, ab hoc tamen diverso & jure *singulari* gaudent personæ miserabiles, quod ipsis *Imp. Constantini* constitutione *in d. l. un.* datum fuit: Duæ sunt verò istius constitutionis, seu privilegii partes: 1. ut ne tales personæ extrà forum suum extrahantur; 2. ut tamen ipsæ alios extrahere possint: nimirum prout illæ alios convenire volunt, aut ab aliis conveniuntur: quo casu igitur hæ personæ alios conveniunt, superior regula hanc exceptionem patitur: *Actoris miserabilis forum Reus sequi debet*: unde illæ adversarios suos etiam rectà coram Imperatore convenire possunt, *ordinario* judice tam *suo* quam ipsius *rei*, præterito, debetque reus conventus hoc forum sequi: Sin autem ipsæ ab aliis conveniantur, hoc privilegii habent, ne extra suam provinciam in judicium vocari possint, & etsi fortè vocati fuerint, sequi tamen non coguntur. Et ergò personæ miserabiles privilegium tale habent, ut à judicibus, Magistratibusve ordinariis, ad aulam Principis, alios possint *evocare*, ipsæ autem ab aliis eo *evocari* non possint, *d. l. un.* Jam quæritur, huicne privilegio renunciare possint? Et nos posse, omnibus *ad d. l. un.* placere, dicit *Treutl. vol. 1. disput. 3. th. 10. lit. A.* Nobis tamen placet, *ex parte* saltem huic beneficio renunciari posse, nimirum hactenus, ne hæ personæ miserabiles, adversarios suos extra forum competens extrahant: tum quod privilegium *d. l. un.* quoad *hanc partem* simpliciter in *favorem* personarum harum introductum sit, & ergo per *l. pen. C. de pact.* tum etiam quod neutiquam absurdum sit, per ejusmodi renunciationem res ad suam naturam vel ad jus commune redeat, adeoque personæ hæ *jure communi* utantur, forumque rei tanquam *actores* sequantur; Verum quoad *partem alteram* hujus privilegii, quatenus ipsis etiam datum fuit, ne extrà forum suum ab adversariis extrahantur, huic renunciari non potest, tum quod hoc potius ob *commiserationem* ipsis datum sit, ne ad curiam Principis evocari queant, *d. l. un. in pr.* tum denique quod hæ

personæ

personæ in aliquo tertio singulare aliquid habere ac retinere debeant, quoniam miserabiles sint, hocq; igitur ipsorum sit proprium, quod adeo ipsæ habere cogantur, & quo jure necessario utantur: Ut ipsæ itaque alios extrahere possint, hæc pars privilegii, favore *gratiæ* nititur, ne vero ipsæ ab aliis extrahantur, hæc pars nititur favore *misericordiæ*, unde hujus renunciatio bonis moribus adversa, non ita etiam illius. Attamen *Hunn. ad Treutl. d. lo. q. 59.* indifferenter renunciari posse ex vocula: *d. l. un. cogantur*: probare voluit: non *coguntur* excedere: E. si velint possunt, atque hanc dicit esse manifestissimam sequelam: sed facilè refutabis *Hunnium* per *Hunnium*: vide *ejus res. Instit. lib. 2. tr. 1. q. 21. in f. & vol. 2. ad Treutl. disp. in ordine Hunnii. 18. q. 37. in fin.* Sed isthac inadvertentia labitur *Hunnius* sæpissimè, scilicet ut ubique causæ suæ deservire posset. Planè uti verbum hoc: *cogantur in fine d. l. un.* exceptionem fori declinatoriam *reo* à persona miserabili convento, adimit, ita *in medio ejusdem*, spontaneam excessionem adeoq; renunciationem *reo miserabili* ab alio quodam convento, excludit. Non *coguntur* itaq; excedere, sed etiam nec possunt, etiamsi maximè velint, *arg. §. 19. I. de rer. divis. juncto Hunnio dd. loc.* Quod si tamen hæ personæ, velint corā *suo ordinario* judice adversarios suos convenire, eos etiam eo evocare possunt, neque *coguntur* rectà & statim ad Imperatoris curiam ire, *V. Hillig. D. E. 17. com. 2. lit. D. Vmm. disp. proc. 4. n. 60.* quomodo exceptio superior: *actoris miserabilis forum reus sequi debet*: verificatur, tàm si ad *ordinarium*, quam ad *Imperatorem* ab actore tali reus evocetur, cæterum ne ad neminem horum, sed ad *rei ipsius conventi* ordinarium judicem hæ personæ juxta judiciorum stylum eant, libera renunciatione, *uti diximus*, efficere possunt; non solum *tacitâ*, V. G. eligendo judicē *ipsius rei* cumq; omissis, *suo* ordinario & *Imperatore*, adeundo, sed etiam *expressâ*, V. G. tempore cōtrahendi negocii huic privilegio *quoad hanc partem* renunciando, *per rationes suprà allegatas*: Dissentiunt *Hillig. Vmm. & ab iis citati, dd. loc.* Verum cum hodiè *generaliter* provisum sit, ne reus rescripto Principis extrà suam provinciam in jus evocari possit, *N. 17. c. 3. in f. N. 86. c. 3.* adeoq; personæ miserabiles præ reliquis amplius *quoad hanc partem* privilegii *d. l. un.* singulare jus habere non videantur, ut itaque adhuc aliquod speciale & *proprium* quoad *alteram partem* habeant, dicendum magis erit, hasce personas huic privilegio, ut ipsæ alios *extrahant*, renunciare haud posse, cum alterum illud, ne ipsæ ab aliis *extrahantur*, jam *commune* factum sit. Sed videbis *Oldend. de jur. sing. tit. de privil. miserab. person. & ibi Vmm. d. disp. 4. n. 61.*

Cæterum quænam miserabiles personæ sunt? Etsi verò harum hoc seculo quam plurimæ sint, ad eas tamen omnes hoc privilegium extendere vix debemus: quia in re peccare videntur, *Menoch. arbitr. casu 66. n. 13. & seq. Tessaur. decis. 117. n. 1. Wesenb. in C. ad d. l. un. n. 2.* Equidem *Oldend. d. lo. in fin.* illud: *Estote misericordes*: inculcat, sed tamen misericordiâ intempestivâ duci, dolo proximum esse, novisse debemus, *l. 7. depos.* Quo jure igitur *Menoch. d. lo. n. 25.* etiam *meretricibus* hoc privilegium tribuerit, ego non percipio; nisi hoc defenderis argumento *cap. 20. de sponsal. V. Forster. 6. de success. ab int. 30. n.* 10. ridiculè tamen magis quam verè. Rectius *Tessaur. d. lo. in addit. ad n.* 13. non attendi illam miserabilitatem quæ proveniat ex peccato. Miserabiles haud dubiè sunt *pupilli, ægroti, viduæ*, quia ab Imp: *in d. l. un.* nominatim recensentur: viduæ, inquam, quæ virum nec jam habeant, nec unquam habuerint, *l. 242. §. 3. de V. S. V. Hunn. ad Tr. d. lo q.* 61. Diss; *Geil. 1. O. 1. n. 41. Vultei. ad d. l. un. n. 6.* etsi divites fuerint, *V. Geil. d. O. 1. n. 40. & ibi Greven. in conclus. pract. consid. 1. Vultei. ad d. l. un. n. 10.* non etiam quæ *viduas noctes* ducere coguntur, ut si adolescens nupta seni decrepito, quam *Plaut. in Mil. 4. cap.* 1. nuptam viduam vocat. Quæ verò personæ *in d. l. un.* nominatis debeant censeri similes, hoc nos judicis arbitrio relinquimus, *arg. l. 1. in f. de jur. delib. Oldendorp. d. lo. in pr. Menoch. d. lo. n. 1.* Atque hic cum *miserabilibus* tempore hoc longè *miserrimo*, finimus, & Deum, ut tandem *miseriarum* finem facere, nostramq; *Germaniam* in propria viscera sævientem, è *miseriarum miseriis* eripere, velit, precamur.

F I N I S.

HER-